

Etude sur le contrat de collaboration commerciale et le droit européen dans le secteur de la distribution



SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie

Rue du Progrès 50

1210 Bruxelles

Numéro d'entreprise : 0314.595.348

 0800 120 33 (numéro gratuit)



 facebook.com/SPFEco



 [@SPFEconomie](https://twitter.com/SPFEconomie)



 linkedin.com/company/fod-economie (page bilingue)



 instagram.com/spfeco



 youtube.com/user/SPFEconomie



 <https://economie.fgov.be>

Éditrice responsable :

Séverine Waterbley

Présidente du Comité de direction

Rue du Progrès 50

1210 Bruxelles

A.	<i>Introduction</i>	5
B.	<i>Principaux types de contrats de distribution</i>	6
1.	Le contrat d'agence commerciale,	6
2.	Le contrat de concession (aussi appelé contrat de distribution)	6
3.	Le contrat de franchise	7
4.	Le contrat de commission	8
5.	Autres formes	8
C.	<i>Le contexte en droit européen</i>	9
1.	Le contrat d'agence et la directive 86/653	9
1.1.	Historique	9
1.2.	Quant aux lacunes de cette approche	10
2.	Règlementation de la concurrence	12
2.1.	Généralités	12
2.2.	Clauses de non-concurrence	14
D.	<i>Cadres législatifs nationaux</i>	14
1.	Belgique	14
1.1.	Contrats réglementés	14
1.2.	Réglementations sectorielles	16
1.3.	Règles d'application générale	17
2.	France	20
2.1.	Contrats réglementés	20
2.2.	Réglementations sectorielles	21
2.3.	Règles d'application générale	22
3.	Allemagne	25
3.1.	Contrats réglementés	25
3.2.	Réglementations sectorielles	26
3.3.	Règles d'application générale	26
4.	Pays-Bas	28
4.1.	Contrats réglementés	28
4.2.	Réglementations sectorielles	30
4.3.	Règles d'application générale	30
5.	Italie	31
5.1.	Contrats réglementés	31
5.2.	Réglementations sectorielles	34
5.3.	Règles d'application générale	35
6.	Luxembourg	36
6.1.	Contrats réglementés	36
6.2.	Réglementations sectorielles	36
6.3.	Règles d'application générale	36
7.	Espagne	37
7.1.	Contrats réglementés	37
7.2.	Règles d'application générale	40
8.	Portugal	40
8.1.	Contrats réglementés	40
8.2.	Réglementations sectorielles	41
8.3.	Règles d'application générale	41

9. Autriche	41
9.1. Contrats réglementés	41
9.2. Réglementations sectorielles	42
9.3. Règles d'application générale	43
9.4. Protection anti-abus	43
10. Hongrie	44
10.1. Contrats réglementés	44
10.2. Règles d'application générale	45
11. Finlande	46
11.1. Contrats réglementés	46
11.2. Contrat d'agence commerciale	46
11.3. Réglementations sectorielles	47
11.4. Règles d'application générale	47
12. Irlande	48
12.1. Contrats réglementés	48
12.2. Règles d'application générale	48
E. Conclusions	49
1. Constat de la diversité des approches nationales	49
2. Influence du droit international privé	50
F. Recommandations	52
1. Harmonisation	52
2. Une approche réglementaire unique applicable à tous les contrats de distribution envisageables	53
G. Contenu possible d'une réglementation générale	55
1. Introduction	55
2. Définition et champ d'application de la loi	55
3. Information précontractuelle	57
3.1. Nécessité et contenu	57
3.2. Sanction	58
4. Phase contractuelle	58
4.1. Pas de réglementation de l'ensemble de la phase contractuelle	58
4.2. Obligation générale d'agir de bonne foi	58
4.3. Définition de la rémunération	59
4.4. Liquidation des sommes dues en cours de contrat	59
4.5. Adaptation de certains aspects de la relation pendant l'exécution du contrat	60
4.6. Clauses abusives	61
4.7. Protection contre l'abus de dépendance économique	61
4.8. Sanctions et mise en œuvre	62
4.9. Comptabilité analytique	62
5. Préavis et indemnité en fin de contrat	63
5.1. Préavis	63
5.2. Indemnité complémentaire	64
6. Clause de non-concurrence post-contractuelle	65
6.1. Reprise du stock	66
6.2. Options d'achat du fonds de commerce lors de la fin du contrat	67
7. Caractère impératif de la réglementation	67

H.	Proposition de loi uniforme	67
Article 1.	Définition et champ d'application	67
Article 2.	Information précontractuelle	68
	Section 1 : Obligation d'information précontractuelle	68
	Section 2 : Contenu de l'information précontractuelle	68
	Section 3 : Sanction	70
Article 3.	Dispositions relatives a l'exécution du contrat.	71
	Section 1 Obligation générale d'agir de bonne foi	71
	Section 2 Rémunération	71
	Section 3 Liquidation des sommes dues en cours de contrat	71
	Section 4 Modifications du contrat	71
	Section 5 Substitution de contrats.	72
	Section 6 Interdiction de clauses abusives	72
	Section 7. Protection contre l'abus de dépendance économique	73
	Section 8 Droit d'agir	73
	Section 9 Comptabilité analytique	73
Article 4.	Fin du contrat	73
	Section 1 : Contrat à durée déterminée	73
	Section 2 : Contrat à durée indéterminée	73
	Section 3. Indemnité de clientèle	74
	Section 4. Résiliation anticipée en raison d'une faute grave ou de la survenance de circonstances exceptionnelles	74
	Section 5. Clause de non-concurrence post-contractuelle	75
	Section 6. Reprise du stock	75
	Section 7. Options d'achat du fonds de commerce lors de la fin du contrat	75
	Section 8. Clauses intuitu personae	75
Article 5.	Caractère impératif de la réglementation	75

A. Introduction

Le présent rapport a pour objet de présenter le résultat de notre étude portant sur une recension de différents cadres législatifs nationaux les plus utilisés et les plus pertinents au sein de l'Union européenne dans le domaine de la distribution, de les comparer en vue de leur mise en perspective au regard des règles applicables en droit européen et d'effectuer une appréciation critique identifiant les meilleures pratiques qui permettraient de poser les premiers jalons d'une approche européenne harmonisée.

Outre la Belgique, l'étude porte sur quatre pays choisis en raison des contacts commerciaux étroits qu'ils entretiennent avec elle.

Nous traiterons donc, dans l'ordre :

1. La Belgique,
2. La France,
3. L'Allemagne,
4. Les Pays-Bas,
5. L'Italie.

Afin de disposer d'un cadre de comparaison plus élargi, l'étude portera également sur la situation dans les pays suivants :

1. Le Grand-Duché de Luxembourg,
2. L'Espagne,

3. Le Portugal,
4. L'Autriche,
5. La Hongrie,
6. La Finlande,
7. L'Irlande.

Sous ce point, nous identifierons, lorsqu'elles existent, les réglementations nationales des pays étudiés qui sont spécifiquement consacrées aux modes de distribution les plus répandus. Nous tâcherons également d'identifier les réglementations spécifiques qui affectent la distribution dans certains secteurs particuliers. Nous relèverons enfin certaines règles d'application générale qui ont vocation à s'appliquer aux contrats de distribution : information précontractuelle, clauses de non-concurrence, abus de dépendance économique, préavis de résiliation, indemnités de fin de contrat, protection du fonds de commerce.

Nous formulerons une série de recommandations sur la base des constats effectués et nous risquons à élaborer une proposition de loi qui vise à régir de façon uniforme l'ensemble des contrats de distribution.

B. Principaux types de contrats de distribution

Les contrats de distribution régulièrement utilisés sur le plan international et dans l'Union européenne sont :

1. Le contrat d'agence commerciale,

L'agent commercial agit au nom et pour compte de son commettant. Il est en général rémunéré par des commissions sur les affaires qu'il négocie ou conclut pour le compte de son donneur d'ordre. Ce type de contrat est très répandu et a fait l'objet d'une harmonisation européenne en vertu de la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.¹

Bien que la directive permette une certaine latitude aux législateurs nationaux, le contrat d'agence commerciale peut être considéré comme largement harmonisé au sein de l'UE et constitue, dans de nombreux cas, de la seule législation systématisant les droits et obligations des parties au contrat, tant en ce qui concerne l'exécution de la convention qu'en ce qui concerne la fin de la relation.

Dans certains pays, cette réglementation a servi de cadre de référence permettant une interprétation par analogie qui s'est étendue à des modes de distribution non réglementés.

2. Le contrat de concession (aussi appelé contrat de distribution)

Également très usitée, la concession de vente se différencie de l'agence dans la mesure où le concessionnaire agit en son nom et pour son compte en achetant et revendant les marchandises à ses propres risques et en réalisant une marge sur le prix de revente des biens ou services distribués.

Ce type de contrat est utilisé dans différents secteurs d'activités et a longtemps constitué le mode privilégié de distribution dans le secteur automobile. On assiste cependant à une évolution de certaines marques qui ont réorganisé leur réseau pour évoluer vers des contrats d'agence ou de commission ayant pour but de s'affranchir des règles de concurrence et d'établir un lien plus direct avec les clients finaux. Pour autant qu'ils ne soient pas soumis à des risques financiers ou

¹ Directive (U.E.) 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des états membres concernant les agents commerciaux indépendants, *J.O.U.E.*, L 382, 31 décembre 1986, ci-après la Directive du 18 décembre 1986.

commerciaux importants, l'agent, comme le commissionnaire, sont en effet considérés comme une extension de l'entreprise du commettant dont ils ne sont plus indépendants. Sous cette condition, les relations entre l'agent et le commettant échappent à l'application de l'article 101, § 1 TFUE qui ne prohibe les accords restrictifs de concurrence qu'entre des entreprises distinctes².

Notre étude démontrera que les contrats de concession sont loin de faire l'objet d'une réglementation uniforme au sein des pays examinés.

Parmi les contrats de concession, une place particulière est réservée par le droit européen aux systèmes de distribution sélective que le Règlement 2022/720³ définit comme suit : «*système de distribution sélective*»: un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés sur le territoire réservé par le fournisseur pour l'exploitation de ce système ».

3. Le contrat de franchise

Le contrat de franchise se distingue du contrat de distribution « pur et simple » par le fait que le franchiseur met à disposition du franchisé un savoir-faire commercial et l'accompagne dans l'exploitation de la formule qu'il a développée.

La franchise est utilisée tant dans la distribution des services que des produits les plus variés, tels que le secteur alimentaire par exemple.

Les réseaux de franchise se distinguent également le plus souvent par le caractère uniformisé des points de vente ou de service des franchisés.

Avant que différentes législations nationales ne les réglementent en tout ou en partie, les contrats de franchise furent d'abord appréhendés par la Cour de justice des Communautés européennes, et par la Commission européenne ensuite, sous l'angle du droit de la concurrence.

Dans un célèbre arrêt « Pronuptia » du 28 janvier 1986, la Cour de justice des Communautés européennes a pour la première fois été amenée à se prononcer sur la compatibilité d'un accord de franchise avec le droit européen de la concurrence⁴.

A cette occasion, la Cour décrit la franchise comme étant « *un système par lequel une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales, accorde moyennant rémunération à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. Plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances* ».

Cette description ne paraît plus correspondre à la réalité puisque, bien souvent, le franchisé doit investir des capitaux propres et payer un droit d'entrée pour entamer son activité.

La franchise fit ensuite l'objet d'un règlement particulier d'exemption qui en donna la définition suivante : « *un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés ; il doit comprendre au moins les obligations suivantes :*

- *l'utilisation d'un nom ou d'un enseigne commun et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transports visés au contrat ;*
- *la communication par le franchiseur au franchisé d'un savoir-faire ;*

² Communication de la Commission : Lignes directrices sur les restrictions verticales 2022/C 248/01, C/2022/4238, JO C 248 du 30.6.2022, p. 1-85, Considérant n°29.

³ Règlement (UE) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 134, 11.5.2022, p. 4).

⁴ C.J.C.E., 28 janvier 1986, aff. 161/84, Rec., 1986, p. 353.

- *la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord »*

Ce règlement avait une durée limitée de 10 ans et, depuis lors, la franchise est réglementée à l'instar des autres modes de distribution par les règlements généraux relatifs à la concurrence et a ensuite toujours eu une place particulière dans les différents règlements d'exemption relatif aux accords verticaux et aux pratiques concertées (voir ci-après E,2).

Ces définitions anciennes venant de l'arrêt Pronuptia ou du règlement européen de 1988 demeurent néanmoins d'actualité lorsque l'on cherche à distinguer la franchise d'autres modes de contrat de distribution.

4. Le contrat de commission

Le contrat de commission se rapproche du contrat d'agence à ceci près que le commissionnaire agit pour compte du commettant, mais en son propre nom.

Le contrat de commission avait à l'origine vocation à être utilisé pour des opérations ponctuelles entre un commettant et le commissionnaire. Il formait ainsi une forme dérivée du contrat de mandat. Il fut ensuite utilisé dans des secteurs plus variés (commissionnaires de transport, commissionnaires en douane, commissionnaires en bourse). La commission affiliation en est une variante, principalement utilisée dans le secteur du prêt à porter, dans laquelle le commettant met un stock de marchandises à disposition du commissionnaire.

Le contrat de commission est encore souvent régi par d'anciennes législations (codes de commerce du 19^e siècle⁵) qui réglementent avant tout la relation contractuelle entre le commettant et le commissionnaire d'une part et le commissionnaire et le client final d'autre part. La rupture des contrats est envisagée par rapport à une opération unique et non pas dans le cadre d'une relation durable entre un distributeur et son commettant comme c'est le cas dans le contrat d'agence.

Le contrat de commission a progressivement cédé le pas au contrat d'agence commerciale dans le contexte d'une distribution organisée et stable de produits ou de services pour compte d'un commettant.

L'évolution de la vie des affaires, ou la créativité des juristes, ont cependant mené ces dernières années, notamment dans le secteur automobile, à remettre en vigueur ce mode de contrat qui, jusqu'à présent, était relativement peu usité pour régir une véritable relation suivie de distribution.

Nous verrons cependant que la directive du 18 décembre 1986 ne vise pas clairement le contrat de commission et que celui-ci n'est que très peu envisagé par les législations nationales (infra, C.1.3).

5. Autres formes

D'autres formes de contrat liés à la distribution apparaissent parfois également. On peut ainsi penser à la location-gérance du fonds de commerce ou encore à des contrats simplement qualifiés de contrat d'affiliation, de licence de marque ou de partenariat.

Ces dernières formes de contrat déguisent en réalité le plus souvent des contrats qui présentent toutes les caractéristiques d'un contrat de franchise. Simplement, la partie qui aurait pu être qualifiée de franchiseur souhaite, par ce biais, échapper au risque que peut faire courir la qualification de contrat de franchise si celui-ci ne présente en définitive pas les éléments caractéristiques du contrat de franchise tels qu'ils sont généralement retenus par les législations nationales ou en s'inspirant de l'ancienne directive européenne en la matière.

⁵ Voir par exemple l'exposé des motifs de la loi espagnole 12/1992, du 27 mai 1992 sur les contrats d'agence : « *Comme les Codes de sa génération, le Code espagnol de 1885 ne réglemente pas les contrats de collaboration autres que les contrats de commission, configurés comme un mandat commercial.* »

C. Le contexte en droit européen

1. Le contrat d'agence et la directive 86/653⁶

1.1. Historique

Il peut être intéressant de rappeler pourquoi la Commission européenne avait estimé devoir adopter en 1986 une directive relative au contrat d'agence. Celle-ci fut le fruit de longues réflexions puisque la proposition initiale de la commission date de 1979⁷.

A cette époque, plusieurs problématiques se posaient.

Comme c'est le cas aujourd'hui pour les autres types de contrats de distribution, l'absence de cadre général entraînait d'importantes complications notamment au niveau de la sécurité juridique de l'agent⁸ et des difficultés au niveau de la concurrence. On considérait que la différence de législation d'un pays à l'autre pouvait entraîner une difficulté au regard de la liberté de circulation entre les Etats membres, avec, pour conséquence, une baisse de la concurrence entre les Etats membres⁹. A cet égard, toutes les institutions européennes et les Etats membres s'accordaient à dire qu'il fallait légiférer et harmoniser le contrat d'agence¹⁰.

Le choix de la directive a donc été fait, notamment afin de permettre aux Etats membres de s'adapter à leur rythme, ce qui explique, par ailleurs, la présence de délais de transposition différents pour les états membres¹¹.

D'une manière générale, les contrats d'agence sont exclus du champ d'application du droit de la concurrence, puisque, en principe, la mécanique du contrat d'agence a pour effet que l'agent ne constitue pas une entreprise distincte de son commettant au regard du droit de la concurrence.

Toutefois, au fil du temps, la Commission européenne a été amenée à se pencher sur certains types de contrats d'agence pour lesquels les obligations mises à charge de l'agent avaient pour effet de lui faire prendre des risques excédant ceux que doit normalement prendre un agent et a considéré que, dans ce cas, ce « faux agent » ne pouvait être considéré comme une entreprise distincte et que les rapports entre commettant et agent relevaient bien du droit de la concurrence.

À l'occasion de l'adoption de son dernier Règlement 2022/70¹², la commission a précisé ce qui permet de distinguer un « vrai » agent d'un « faux » agent :

« Eu égard à ce qui précède, un accord sera qualifié de contrat d'agence qui ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité lorsque toutes les conditions suivantes s'appliquent : (

⁶ En dehors de cette directive relative au contrat d'agence, d'autres directives, plus spécifiques, ont également été adoptées mais présentent moins d'intérêt dans le cadre de cette étude. Citons par exemple la directive 2019/633 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire⁶. Citons également la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (directive "Services"). D'autres directives visent la protection du consommateur et sont donc également étrangères à notre étude. Il en va ainsi des directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ou de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

⁷ JO n° C 13 du 18.1.1977, p. 2 et JO n° C 56 du 2.3.1979, p. 5.

⁸ La directive, considérant 2.

⁹ La directive, considérant 2.

¹⁰ Voir à cet égard Avis du Comité économique et social du 8 mars 1978 sur une proposition de directive du Conseil relative à la coordination des droits des états membres concernant les agents commerciaux (indépendants), J.O.C.E., C 59, p. 31 ; Avis du Parlement européen du 9 octobre 1978 sur la directive concernant les agents commerciaux, J.O.C.E., C 239, p. 17.

¹¹ La directive, art. 22. La Commission européenne a par ailleurs évalué le mécanisme d'indemnisation de l'agent prévu à l'article 17 de la directive qui a fait l'objet d'un rapport du 23 juillet 1996 : Rapport sur l'application de l'article 17 de la directive du conseil portant coordination des législations des états membres concernant les agents commerciaux indépendants (86/653/CEE).

¹² Règlement (UE) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 134, 11.5.2022, p. 4).

a) l'agent n'acquiert pas la propriété des biens achetés ou vendus en vertu du contrat d'agence et ne fournit pas lui-même les services achetés ou vendus en vertu du contrat d'agence. Le fait que l'agent puisse temporairement, pour une très brève période, acquérir la propriété des biens contractuels pendant qu'il les vend pour le compte du commettant n'empêche pas l'existence d'un contrat d'agence ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité, pour autant que l'agent n'assume aucun des coûts ou des risques liés au transfert de propriété ;

(b) l'agent ne contribue pas aux coûts liés à la fourniture ou à l'achat des biens ou des services contractuels, y compris les coûts de transport des biens. Cela n'empêche pas l'agent d'effectuer le service de transport, sous réserve que les coûts soient couverts par le commettant ;

(c) l'agent ne tient pas, à ses propres frais ou risques, de stocks de biens contractuels, et notamment ne supporte pas le coût de financement des stocks ni le coût lié à la perte des stocks. L'agent doit être en mesure de retourner au commettant, sans frais, les invendus, à moins qu'il n'ait commis une faute, par exemple en ne prenant pas de mesures de sécurité ou contre le vol suffisantes pour empêcher la perte de stocks;

d) l'agent n'assume pas la responsabilité en cas de non-exécution du contrat par le client, à l'exception de la perte de sa commission, sauf s'il a commis une faute (par exemple, en ne prenant pas de mesures de sécurité ou contre le vol suffisantes ou de mesures raisonnables pour signaler un vol au commettant ou à la police, ou en ne communiquant pas au commettant toute information en sa possession concernant la fiabilité financière du client);

(e) l'agent n'assume pas de responsabilité vis-à-vis des clients ou d'autres tiers pour les pertes ou dommages résultant de la fourniture des biens ou des services contractuels, sauf si l'agent a commis une faute;

f) l'agent n'est pas tenu, directement ni indirectement, d'investir dans des actions de promotion des ventes, y compris en contribuant au budget publicitaire du commettant ou aux activités publicitaires ou promotionnelles spécifiquement liées aux biens ou services contractuels, sauf si ces coûts sont intégralement remboursés par le commettant »¹³.

1.2. Quant aux lacunes de cette approche

1.2.1 Pourquoi traiter différemment en droit commercial un « faux agent » et un concessionnaire ?

Cette distinction entre « vrai » et « faux » agent relève donc d'une question de droit de la concurrence. Au niveau du droit civil ou commercial, un « faux » agent restera un agent au sens de la directive relative au statut d'agent et des lois nationales de transposition.

Cependant, on peut se demander quelle est alors encore la vraie différence entre un « faux » agent, qui supporte donc une série de risques importants et un concessionnaire, si ce n'est que le premier agira apparemment au nom et pour le compte du fournisseur tandis que le second agira en son nom et pour son compte mais en supportant éventuellement des risques comparables, sinon plus importants, notamment les risques de mévente du stock.

La directive du 18 décembre 1986 ne vise cependant que l'agent commercial et non le concessionnaire. Nous verrons dans l'analyse de la situation dans les différents pays examinés que ceci a amené la jurisprudence de certains d'entre eux à appliquer par analogie au concessionnaire le régime protecteur de l'agent.

1.2.2 Statut du commissionnaire

De même, la situation du commissionnaire apparaît incertaine.

A priori, le texte même de la directive du 18 décembre 1986 devait conduire à considérer qu'elle s'applique également au contrat de commission¹⁴.

¹³ Communication de la Commission : Lignes directrices sur les restrictions verticales 2022/C 248/01, C/2022/4238, JO C 248 du 30.6.2022, p. 1-85, Considérant n°33

¹⁴ Voir notamment L. DU JARDIN, « En attendant Godot : Le droit belge de la distribution tel qu'il devrait être », R.D.C.-T.B.H., 2020/4, p. 446-465.

Son texte était en effet rédigé ainsi :

« Aux fins de la présente directive, l'agent commercial est celui qui, en tant qu'intermédiaire indépendant, est chargé de façon permanente, soit de négocier la vente ou l'achat de marchandises pour une autre personne, ci-après dénommée 'commettant', soit de négocier et de conclure ces opérations au nom et pour le compte du commettant ».

Ce texte ne fait donc pas de différence selon que l'agent agit au nom et pour le compte du commettant ou en son nom et pour le compte du commettant.

Cependant, un arrêt Mavrona-Delta du 10 février 2004 de la Cour de Justice de l'Union européenne¹⁵, a considéré que « les personnes qui agissent pour le compte d'un commettant, mais en leur nom propre, n'entrent pas dans le champ d'application de cette directive ».

Cet arrêt est d'autant plus surprenant que les lignes directrices de 2010¹⁶ de la Commission sur les restrictions verticales ainsi que celles de 2022 précisent qu'un agent est une personne qui peut agir soit en son propre nom soit au nom du commettant :

« Un agent est une personne morale ou physique investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre, soit au nom du commettant en vue de l'achat de biens ou de services par le commettant, ou de la vente de biens ou de services fournis par le commettant »¹⁷.

On constate alors que la plupart des pays n'ont pas transposé la directive d'une façon telle qu'elle s'applique clairement au contrat de commissionnaire.

Le CECRA¹⁸ a procédé à une étude en la matière qui montre que peu de pays ont considéré que la protection réservée à l'agent s'appliquait également au commettant et que, dans les autres pays, le commettant ne fait l'objet d'aucune protection particulière ce qui est également confirmé par notre étude comparative.

Il résulte de cette étude, ne portant pas sur les mêmes pays que la présente étude, que la directive du 18 décembre 1986 n'est pas applicable au contrat de commission en Belgique, en Finlande, aux Pays-Bas, en France, en Italie, en Hongrie ou en Suède. La question paraît douteuse en Espagne, au Danemark et au Portugal. Seule la transposition opérée en Autriche et en Allemagne protège à la fois l'agent et le commissionnaire assimilé à l'agent par le caractère durable de sa relation avec le commettant.

Or, dans la pratique, mise à part la question d'apparaître comme agissant en son nom plutôt qu'au nom du commettant, le commissionnaire et l'agent vont, dans de tels systèmes de distribution, être confrontés aux mêmes risques commerciaux. C'est à tout le moins le cas lorsque le commissionnaire est amené à intervenir dans le cadre d'une relation stable et permanente avec le commettant. Certains pays, comme l'Allemagne et l'Autriche, ont à cet égard distingué, à juste titre, le commissionnaire qui intervient dans le cadre d'opérations commerciales isolées, de l'agent-commissionnaire dont le rôle est similaire à celui de l'agent commercial, notamment sous l'angle de la permanence de sa mission.

La proximité entre le commissionnaire et l'agent est en outre accentuée par l'importance croissante des transferts de données qui sont exigés des distributeurs en cours de contrat. C'est notamment le cas pour les biens de nature complexe (objets connectés nécessitant des mises à jour, nécessité de services après-vente ou de garantie du fabricant) qui justifient la communication de données commerciales relevant en principe, pour le commissionnaire, du secret des affaires. Le commissionnaire agissant en son propre nom est en effet supposé conserver sa clientèle, ce qui, compte tenu de ces nouveaux développements, ne sera pas toujours possible vis-à-vis d'un commettant qui aura eu un large accès au fichier clients.

¹⁵ Ordonnance de la Cour (première chambre) du 10 février 2004, Affaire C-85/03. *Recueil de jurisprudence* 2004 I-01573.

¹⁶ Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 130 du 19.5.2010, p. 1 et svtes, spécialement p. 6 et svtes.

¹⁷ Communication de la Commission : Lignes directrices sur les restrictions verticales 2022/C 248/01, C/2022/4238, JO C 248 du 30.6.2022, p. 1-85, Considérant n°29.

¹⁸ Conseil Européen du Commerce et de la Réparation Automobile.

Le recours à un contrat de commission dans de telles circonstances paraît donc artificiel dès lors que, si le commissionnaire a l'obligation de renseigner le commettant pour rendre compte de son mandat, il conserve normalement le droit de dissimuler le nom du tiers avec lequel il a traité. Ce droit est précisément justifié par le risque de voir le commettant traiter directement avec les clients dont le commissionnaire lui aurait révélé l'identité¹⁹.

1.2.3 **Conclusion sur ce point**

S'inspirant de l'approche du droit de la concurrence, qui exclut les relations entre un fournisseur et un agent de son champ d'application, la directive du 18 décembre 1986 n'a donc pas envisagé le statut d'autres modes de distribution tels que la concession de vente ou la commission. Elle n'a pas davantage envisagé les franchises de distribution alors même que la franchise commençait à se répandre, justifiant au demeurant une règlement d'exemption particulier²⁰.

2. Règlementation de la concurrence

2.1. Généralités

Dès lors que, par leur nature même, les contrats de distribution contiennent souvent des clauses d'exclusivité, ils sont susceptibles d'affecter la concurrence entre les Etats membres.

La Commission européenne a donc, depuis de nombreuses années, adopté des règlements successifs concernant ces accords verticaux²¹.

D'autres règlements ont été adoptés de manière plus spécifique dans certains domaines comme le domaine de la distribution automobile²².

Ces différents règlements n'appréhendent donc les contrats de distribution que sous l'angle strict de la restriction de concurrence potentielle qu'ils impliquent même si parfois, notamment dans les règlements relatifs à la distribution commerciale dans le secteur automobile, ils avaient pu imposer des règles relatives à la durée du contrat ou à des délais de préavis minima à respecter.

¹⁹ RPDB, compl. III, V^o Commission, n°86.

²⁰ Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise JO L 359 du 28.12.1988

²¹ Règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées, JO 36 du 6.3.1965, p. 533-535 ; Règlement (CEE) n° 1983/83 de la Commission du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive, JO L 173 du 30.6.1983, p. 1-4 ; Règlement (CEE) n° 1984/83 de la Commission du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif, JO L 173 du 30.6.1983, p. 5-11 ; Règlement (CE) n° 1215/1999 du Conseil, du 10 juin 1999, modifiant le règlement n° 19/65/CEE concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées, JO L 148 du 15.6.1999, p. 1-4 ; Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 336 du 29.12.1999, p. 21-25 ; Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 102 du 23.4.2010, p. 1-7 ; Règlement (UE) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), C/2022/3015, JO L 134 du 11.5.2022.

²² Règlement (CEE) no 123/85 de la Commission du 12 décembre 1984 concernant l' application de l' article 85 paragraphe 3 du traité CEE à des catégories d' accords de distribution et de service de vente et d' après-vente de véhicules automobiles, JO L 15 du 18.1.1985, p. 16-24 ; Règlement (CE) n° 1475/95 de la Commission, du 28 juin 1995, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, JO L 145 du 29.6.1995, p. 25-34 ; Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, JO L 203 du 1.8.2002, p. 30-41 ; Règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 129 du 28.5.2010, p. 52-57

Le Règlement (CE) n° 1400/2002, qui n'est toutefois plus d'application²³, contenait en outre des dispositions permettant à un concessionnaire membre d'un réseau de céder de son activité à un autre membre du réseau sans l'accord de la marque, ou obligeait le concédant à motiver un éventuel préavis.

Mise à part cette exception, ces règlements d'exemption n'ont donc pas vocation à contenir d'autres types de dispositions qui régiraient soit la phase précontractuelle, soit certains aspects de la vie du contrat, soit ses modalités de résiliation.

A l'exception de certaines initiatives sectorielles²⁴, l'interdiction des clauses abusives n'est à l'heure actuelle envisagée au niveau européen que dans les rapports avec les consommateurs. Des notions telles que l'abus de dépendance économique, distincte de celle d'abus de position dominante, ne sont pas davantage abordées. Cette question avait du reste fait l'objet d'une étude approfondie de la Commission en 2014²⁵.

Comme nous l'avons déjà indiqué, si, en 1998, la Commission avait adopté un règlement en matière de franchise²⁶, lequel, s'il visait également principalement des questions de concurrence, contenait néanmoins également des définitions générales de la franchise qui pouvaient avoir et qui ont eu une influence sur l'appréciation par exemple du contenu minimal d'un contrat de franchise, la commission a renoncé à réglementer la franchise en particulier, celle-ci n'étant dès lors plus appréhendée que par le biais des règlements généraux relatifs au droit de la concurrence. Les lignes directrices du dernier règlement d'exemption par catégorie contiennent du reste à nouveau des dispositions ou des commentaires particuliers relatifs au contrat de franchise²⁷.

Le contrat de franchise demeure un des modes de distribution qui, même s'il est extrêmement répandu en Europe, ne fait dans la plupart des pays l'objet d'aucune législation particulière.

Mis à part ce règlement d'exemption, on relèvera également différentes réflexions concernant l'harmonisation éventuelle du droit privé matériel, en particulier du droit contractuel²⁸, qui n'ont toutefois pas encore abouti à une réglementation uniformisée à ce jour.

Dès lors que ces règlements d'exemption définissent les conditions auxquelles un accord restrictif de concurrence pourrait être exonéré, ils n'ont évidemment pas vocation à régir les rapports contractuels entre parties, même si, à une occasion, la Commission l'avait fait dans le règlement 1400/2002 précité ou dans les règlements antérieurs relatifs à la distribution automobile. On soulignera du reste à cet égard que l'insertion de contraintes contractuelles, telles que des durées minimales de contrat ou de préavis à respecter, dans un règlement d'exemption était elle aussi inappropriée et source d'insécurité juridique ainsi qu'en témoigne l'arrêt VAG/Magne de la Cour de Justice, daté lui aussi du 18 décembre 1986²⁹, par le quel la Cour a énoncé que « *il appartient à la juridiction nationale d'apprécier en vertu du droit national applicable les conséquences d'une éventuelle nullité de certaines clauses contractuelles* ».

²³ Ce règlement est venu à expiration le 31 mai 2010, conformément à son article 12.3. Les règlements d'exemption par catégorie en matière de distribution automobile ont depuis lors été remplacés par le Règlement d'exemption 330/2010 auquel succède à présent le Règlement 2022/720 du 10 mai 2022 s'appliquant de manière indifférenciée aux accords verticaux, en ce compris dans le secteur automobile, et qui ne reprennent pas ces dispositions.

²⁴ Voyez la Directive 2019/633/UE du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire et le Règlement 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne. Comme le relèvent N. DAUBIES, T. LÉONARD ET J.-F. PUYRAIMOND in « La loi du 4 avril 2019 relative à l'abus de dépendance économique : une quête d'équilibre dans les relations entre entreprises » in Ninane, Y. (dir.), *Vers des relations entre entreprises plus équilibrées et une meilleure protection du consommateur dans la vente de biens et la fourniture de services numériques ?* Bruxelles, Larcier, 2021, p. 35. : « Ces textes permettent de sanctionner certaines clauses excessives imposées par une partie dominante, comme par exemple les modifications unilatérales par l'acheteur des conditions d'un accord de fourniture de produits agricoles et alimentaires ou bien l'imposition de changements rétroactifs aux conditions générales des plateformes. »

²⁵ Study on the legal framework covering business-to-business unfair trading practices in the retail supply chain final REPORT 26 February 2014 Prepared for the European Commission, DG Internal Market DG MARKT/2012/049/E.

²⁶ Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise JO L 359 du 28.12.1988.

²⁷ Communication de la Commission : Lignes directrices sur les restrictions verticales 2022/C 248/01, C/2022/4238, JO C 248 du 30.6.2022, p. 1-85, considérants 165 et svt.

²⁸ Voy. à ce sujet Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, JO C 255 du 13.9.2001, p. 1-44.

²⁹ Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 18 décembre 1986, VAG France SA contre Établissements Magne SA, automobiles. Recueil de jurisprudence 1986 -04071.

Ceci créait donc une nouvelle source d'insécurité juridique puisque, à défaut de sanction automatique, le juge national devait par exemple apprécier si le fait qu'une disposition du Règlement n'avait pas été respectée, avait pour conséquence d'entraîner la nullité du contrat alors que le fournisseur pouvait soutenir que, précisément, le caractère isolé de ce contrat, ne pouvait avoir pour effet d'affecter la concurrence³⁰.

2.2. Clauses de non-concurrence

Un apport que l'on peut garder de ces règlements est celui de la définition de conditions de validité de clauses restrictives de concurrence.

L'article 5 du Règlement (UE)2022/720 du 10 mai 2022 précité stipule les obligations de non-concurrence ne peuvent dépasser 5 ans.

Les obligations de non-concurrence postérieures au contrat sont par ailleurs limitées à une durée d'un an et sont soumises à d'autres conditions :

- elles ne peuvent porter que sur des biens ou services concurrents à ceux qui faisaient l'objet du contrat,
- elles doivent être limitées aux locaux et terrains exploités par l'acheteur en cours de contrat et
- elles doivent être nécessaires à la protection d'un savoir-faire communiqué à l'acheteur.

Il faut toutefois noter que cette disposition a un objet limité. Les accords qui respectent les conditions de l'article 5 sont présumés conformes à l'article 101 du TFUE qui prohibe et sanctionne de nullité les accords restrictifs de concurrence. Dans la mesure où l'accord en cause n'affecte pas la concurrence, une clause de non-concurrence non conforme à l'article 5 demeurera valable³¹.

Les lignes directrices de ce Règlement énoncent du reste d'emblée une exception en matière de contrat de franchise, précisant que, pour ces derniers, une clause de non-concurrence peut valablement être conclue pour la durée du contrat³².

D. Cadres législatifs nationaux

Nous examinerons ci-après les cadres législatifs nationaux en abordant successivement (i) les législations spécifiquement consacrées aux différentes formes de contrats de distribution réglementés, (ii) les règles sectorielles éventuellement d'application et (iii) un rappel du droit commun des contrats civil ou commercial applicable.

1. Belgique

1.1. Contrats réglementés

1.1.1 Contrat d'agence commerciale

La Belgique a transposé la directive du 18 décembre 1986 dans la loi du 13 avril 1995 reprise aujourd'hui dans le Code de droit économique (CDE) aux articles X.1 à X.25. Les travaux préparatoires relèvent que la directive règle uniquement les points essentiels qui ont trait au lien juridique entre le mandant – le commettant – et l'agent commercial auxquels le projet de loi ajoute

³⁰ P. KILESTE et C. STAUDT, « Conséquences du non-respect par un contrat de concession du règlement européen d'exemption applicable au secteur de la distribution automobile : un des domaines de prédilection de l'insécurité juridique », note sous Bruxelles, 28 avril 2010, R.D.C., 2011, p. 814

³¹ J.-F. BELLIS ET N. PETIT, "Le droit de la concurrence : précautions utiles lors de la rédaction d'un contrat de distribution", in Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 43.

³² Considérant n°318.

une série de dispositions destinées à fournir un statut à part entière à l'agent commercial, inspiré des règles applicables aux représentants de commerce³³.

Les contrats à durée indéterminée peuvent être résiliés moyennant un préavis d'un mois par année d'ancienneté avec un maximum de 6 mois, conformément à l'article 15, § 3 de la directive (art. X.16 CDE).

Si le contrat est résilié par le commettant en dehors d'une faute grave de l'agent ou de circonstances exceptionnelles, l'agent sera fondé à obtenir une indemnité d'éviction conformément à l'article 17, § 2 de la directive (art. X.18 CDE).

1.1.2 Contrat de commission

Le commissionnaire est défini par l'article 12 du Code de commerce comme celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social, pour le compte d'un commettant. L'article 13 du même Code prévoit que les devoirs et les droits de la personne qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le Code civil, livre III, titre XIII régissant le mandat, ce qui implique la possibilité de révocation avec effet immédiat du contrat par le mandant.

On enseigne que si la révocation intervient avant que le commissionnaire ait commencé l'opération, celui-ci ne doit pas être indemnisé. Dans le cas contraire, le commettant doit l'indemniser pour les soins déjà prestés et rembourser les frais déjà exposés³⁴.

Les dispositions régissant le commissionnaire, parcellaires et anciennes³⁵, sont donc conçues pour régir des opérations isolées. La doctrine distingue en effet le commissionnaire de l'agent en ce que le commissionnaire offre ses services au public en général en agissant en son nom propre et en ne traitant qu'après en avoir reçu l'ordre, alors que l'agent traite uniquement pour une ou plusieurs personnes déterminées pour compte desquelles il recherche des clients sans attendre un ordre spécial pour chaque opération³⁶. Comme indiqué ci-dessus, cette différence tend à se réduire dans certains secteurs, en particulier dans le secteur automobile, aboutissant à rapprocher le contrat de commission du contrat d'agent. Le commissionnaire pourra ainsi être considéré, en droit de la concurrence, comme un « genuine agent » assimilé à l'entreprise du commettant.

1.1.3 Contrat de concession

La Belgique est l'un des rares pays à avoir adopté une législation protégeant le concessionnaire de vente. La loi du 27 juillet 1961³⁷, reprise aux articles X.35 à X.40 CDE, a toutefois un objet limité. Elle ne régit pas le contrat dans son ensemble, mais prévoit en faveur du concessionnaire de vente un régime de protection particulier en cas de résiliation unilatérale de son contrat par le concédant.

Cette protection n'est applicable qu'en présence d'un contrat à durée indéterminée qui soit exclusif, quasi-exclusif ou qui impose des obligations importantes au concessionnaire.

Sauf faute grave, le contrat ne pourra être résolu que moyennant un préavis raisonnable ou une juste indemnité à déterminer par les parties au moment de la dénonciation du contrat. A défaut, l'indemnité est fixée en équité par le juge (art.X.36 CDE).

Une indemnité complémentaire peut être allouée au concessionnaire pour couvrir (i) la plus-value notable de clientèle apportée par le concessionnaire, (ii) les frais exposés dans la mesure où ils continueront à profiter au concédant après la cessation du contrat et (iii) les dédits à payer au personnel en raison de la rupture. Là également les tribunaux reçoivent le pouvoir de statuer en équité en l'absence d'accord des parties (art. X.37 CDE).

³³ Projet de loi relatif au contrat d'agence commerciale, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1991-1992, n°355-1, p. 3.

³⁴ *RPDB*, v° *Commission*, p. 499, n°288 et 289.

³⁵ Loi du 5 mai 1872 portant révision des dispositions du Code de commerce relatives au gage et à la Commission.

³⁶ *RPDB*, *compl. III*, V° *Commission*, n°23.

³⁷ Loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée.

1.2. Réglementations sectorielles

1.2.1 Dispositions particulières de la loi sur l'agence commerciale (assurances, établissements de crédit et marchés réglementés de valeurs mobilières).

Dans les secteurs des assurances, des établissements de crédit et des marchés réglementés de valeurs mobilières, les agents peuvent, par dérogation au droit commun, conclure avec le commettant une convention visant à modifier le montant des commissions ou leur mode de calcul dans le cadre d'un organe de concertation paritaire (article X.13, al. 8 CDE).

Les membres de cet organe de concertation paritaire font l'objet d'une protection particulière. Leur contrat ne peut être résilié par le commettant pendant la durée de leur mandat, sous peine d'une indemnisation spéciale de 18 mois de rémunération calculée selon les mêmes modalités que l'indemnité compensatoire de préavis (se référant à la moyenne mensuelle des commissions méritées pendant les 12 mois précédant la rupture).

1.2.2 Etablissements de crédit

Un Code de conduite entre établissements de crédit et agents bancaires indépendants a été adopté par les associations professionnelles du secteur (Febelfin et BZB/Fedafin). Ce Code s'applique aux membres adhérents des associations concernées et permet de déroger à ses dispositions lorsque la situation le justifie (« *comply or explain* »).

Il reprend notamment, en les adaptant, les obligations visées à l'article X.28 CDE relatives à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial qui ne sont pas légalement applicables aux contrats d'agence d'assurance et d'agence bancaire en vertu de l'article X.26 CDE (sur le régime de ces dispositions, cf. infra sub. titre 1.3.1.)

Le Code prévoit également l'obligation du commettant de payer dans un délai raisonnable la part non contestée de l'indemnité d'éviction due en fin de contrat et de l'éventuelle indemnité supplémentaire lorsqu'elle est due légalement.

D'autres dispositions sont plus spécialement consacrées à l'organisation de l'organe de concertation paritaire chargé d'établir et de modifier le montant des commissions ou leur mode de calcul conformément à l'article X.13, al. 8 CDE ou encore à la restructuration du réseau du commettant.

La question de la force obligatoire de ces codes de conduite reste cependant controversée³⁸.

1.2.3 Secteur agro-alimentaire (amont de la chaîne)

Les articles VI.109/4 à 109/8 CDE interdisent diverses pratiques du marché déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire et ce en application de la directive (UE) 2019/633 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.

1.2.4 Commerce de détail en magasin non spécialisé à prédominance alimentaire

On relèvera également l'existence d'un projet d'arrêté royal, qui devrait être prochainement publié au Moniteur belge, complétant les listes de clauses abusives³⁹ pour les accords de partenariat commercial concernant le commerce de détail en magasin non spécialisé à prédominance alimentaire qui sanctionne différentes clauses considérées d'office (liste noire) ou présumées (liste grise) comme abusives.

Seront dès lors interdites (liste noire) les clauses qui auront pour objet de:

³⁸ Marc-Antoine CARREIRA DA CRUZ, « Les codes de conduite appartiennent-ils, en tant que pratiques et sources de droit, à la *lex mercatoria*? » *Revue Belge De Droit International*, 2009,1 ou Anthony BOCHON et Arnaud VAN WAEYENBERGE, « La place des codes de conduite dans l'évaluation des pratiques commerciales déloyales », *Revue européenne de droit de la consommation / European Journal of Consumer Law*, 2013/2 - 19 novembre 2013.

³⁹ Sur le régime de droit commun des clauses abusives dans le Code de droit économique, cf. infra sub. titre D.1.3.4.

- priver le distributeur de la possibilité de dédommagement ou exclure ou limiter son accès à des fournisseurs tiers en cas de manquement de ce lui qui octroie le droit ;
- interdire au distributeur d'entamer des négociations pour le développement de ses nouvelles activités lorsqu'il est en période de préavis ou dans le délai couvert par une clause de non-concurrence ;
- imposer au distributeur plus de la moitié des coûts d'actions promotionnelles imposées par le cocontractant ;
- imposer le recours exclusif au juge territorialement compétent de celui qui reçoit le droit ou à un juge dont le siège est situé dans une autre région linguistique que la région linguistique du siège de celui qui reçoit le droit.

Seront présumées abusives (liste grise) les clauses ayant pour objet de :

- permettre une évaluation forfaitaire des actions ou du fonds de commerce du distributeur aboutissant à un prix manifestement déraisonnable au regard des conditions normales ;
- obliger le distributeur à poursuivre une activité structurellement déficitaire depuis au moins 12 mois sans lui permettre de résilier le contrat moyennant un préavis de 4 mois maximum ;
- permettre à la personne qui octroie le droit de mettre fin à l'accord de partenariat commercial par l'application d'une clause résolutoire expresse

1.3. Règles d'application générale

1.3.1 Information précontractuelle

Les articles X.26 à X.34 CDE régissent l'information précontractuelle à fournir par celui qui octroie le droit dans les accords de partenariat commercial. Ceux-ci concernent au premier chef les contrats de franchise, mais la loi s'applique de manière plus générale aux autres contrats de distribution pour peu qu'ils entrent dans la définition de l'article I.11, 2^o CDE. Sont ainsi visés les accords de mise à disposition d'une formule commerciale reposant sur une enseigne ou un nom commercial communs, un transfert de savoir-faire ou une assistance technique ou commerciale. Le champ d'application de la loi est donc assez large et transversal dans les contrats de distribution, d'agence et de franchise, avec une réserve expresse en ce qui concerne les contrats d'agence d'assurance et bancaire.

Cette information précontractuelle repose sur la fourniture du projet de contrat et d'un document d'information précontractuelle (DIP) un mois au moins avant la signature de l'accord. Le DIP se compose de deux parties. La première porte sur les dispositions contractuelles importantes énumérées à l'article X. 28 CDE. Compte tenu du nombre de dispositions visées, les débiteurs de l'information ont largement opté pour la fourniture d'un document reproduisant la quasi-intégralité des clauses importantes du contrat, ce qui réduisait son utilité pratique et sa lisibilité. La loi du 9 février 2024⁴⁰ tend à remédier à cette dérive et à centrer le DIP sur les informations importantes (red flags).

La seconde partie porte sur les données nécessaires à l'appréciation de l'accord de partenariat sur le plan économique. Elles doivent permettre à celui qui reçoit le droit d'établir des projections et un plan financier en connaissance de cause et à apprécier le profil de celui qui octroie le droit ainsi que de son réseau. Sont ainsi visés l'identité de celui qui octroie le droit, la nature de ses activités,

les droits de propriété intellectuelle concédés par le contrat, l'historique des comptes annuels de celui qui octroie le droit et son expérience dans l'exploitation de la formule commerciale, la description générale et locale du marché et du réseau dans une perspective dynamique (passé, présent et perspectives), l'évolution du réseau (nombre de membres entrants et sortants) ainsi que les charges et investissements auxquels le distributeur s'engage à la signature de l'accord et en cours d'exécution du contrat.

Les renouvellements de contrat peuvent donner lieu à un DIP simplifié.

⁴⁰ Loi du 9 février 2024 portant dispositions diverses en matière d'économie.

La violation des obligations d'information précontractuelle sont sanctionnés par la nullité de l'accord dans les 2 ans de sa conclusion. Lorsque le document omet de mentionner certaines clauses contractuelles visées par la première partie du DIP, celui qui reçoit le droit peut invoquer la nullité de ces clauses. Si ces informations ont été fournies mais sont imprécises ou insuffisantes, la personne qui reçoit le droit peut en outre invoquer les protections du droit commun en matière de vice de consentement ou de faute quasi-délictuelle (*culpa in contrahendo*).

D'une façon plus générale, l'article 5.16 du nouveau Code civil dispose que : « *Les parties se fournissent pendant les négociations précontractuelles les informations que la loi, la bonne foi et les usages leur imposent de donner, eu égard à la qualité des parties, à leurs attentes raisonnables et à l'objet du contrat.* ».

1.3.2 Fin de contrat

Selon l'article 5.75 du nouveau Code civil, les contrats à durée indéterminée peuvent être résiliés à tout moment par chaque partie en respectant les conditions prévues par la loi ou par le contrat ou, à défaut, en notifiant à l'autre partie un congé mentionnant un délai de préavis raisonnable.

Le contrat à durée déterminée doit quant à lui être exécuté jusqu'à son terme, sauf les exceptions prévues par la loi, le contrat ou les usages. Une résiliation irrégulière est inefficace (art. 5.76 du nouveau Code civil).

Le contrat peut également être résolu avec effet immédiat en cas d'inexécution grave du débiteur. Conformément à l'article 5.90 al. 3 du nouveau Code civil, " *La résolution résulte d'une décision de justice, de l'application d'une clause résolutoire ou d'une notification du créancier au débiteur*". L'article 5.93 du nouveau Code civil consacre donc formellement la résolution par notification du créancier qui était déjà admise par la jurisprudence de la Cour de cassation⁴¹ :

"Après avoir pris les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur, le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par une notification écrite au débiteur. Celle-ci indique les manquements qui lui sont reprochés."

1.3.3 Clauses de non-concurrence

La loi sur le contrat d'agence commerciale subordonne la validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle à certaines conditions de formes et de fond. La clause doit être (i) stipulée par écrit, (ii) porter sur le type d'affaires dont l'agent était chargé, (iii) se limiter au secteur géographique ou au groupe de personnes confiés à l'agent et (iv) ne pas excéder 6 mois après la cessation du contrat (art. X.22 CDE).

La Belgique est donc plus stricte que la directive qui permettait une obligation de non-concurrence allant jusqu'à 2 ans après la cessation du contrat, sans préjudice, pour les Etats membres, de réduire ce délai dans leur droit national ou de permettre une réduction des obligations prévues dans ces accords par les tribunaux (article 20 de la directive).

Les autres contrats de distribution sont à cet égard soumis aux règles de droit commun qui ne régissent pas la clause de non-concurrence et relève de la liberté contractuelle. Celle-ci doit toutefois tenir compte de la liberté d'entreprendre⁴² qui est d'ordre public⁴³. Il en résulte que les clauses de non-concurrence doivent répondre à un intérêt légitime, résidant dans la protection de la clientèle du créancier, tout en étant proportionnées à la liberté d'entreprendre du débiteur et au maintien de sa capacité à exercer un travail lui assurant les ressources nécessaires à sa subsistance⁴⁴. A peine de nullité, l'obligation de non-concurrence doit donc être limitée dans le temps, l'espace et par son objet. Ces trois limitations ne seront pas nécessairement cumulatives et devront s'apprécier au cas par cas, en fonction du critère de proportionnalité⁴⁵.

⁴¹ Cass., 23 mai 2019, J.T., 2020, n° 6798, p. 21.

⁴² Le fondement de la liberté d'entreprendre a longtemps résidé dans le décret d'Allarde des 2 - 17 mars 1791 portant suppression des maîtrises et jurandes. Il est à présent repris à l'article II.2 CDE.

⁴³ Cass., 23 janvier 2015, Pas., 2015, I, n°59.

⁴⁴ Conclusions de l'Avocat Général WERQUIN précédant Cass., 25 juin 2015, J.T., 2015, p. 728 et les références citées.

⁴⁵ Ibidem ; M. SERVAIS, « La proportionnalité comme unique condition de validité des clauses de non-concurrence ? », J.T., 2016, p. 508, n°11.

1.3.4 Clauses abusives

Les articles VI.91/1 à VI.91/10 CDE règlementent les clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises. Ils peuvent donc également viser les contrats de distribution commerciale. Les services financiers, visant notamment la banque et l'assurance (art. I.8, 18° CDE), sont toutefois exclus du champ d'application de la loi (art. VI.91/1).

L'article VI.91/3, § 1er définit le principe général interdisant toute clause qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties. La loi vise par là le déséquilibre juridique créé par la clause, sans avoir égard au déséquilibre économique ou à l'objet du contrat⁴⁶. L'appréciation du caractère abusif de la clause prend en compte les circonstances qui entourent sa conclusion, l'économie générale du contrat ou encore les usages commerciaux.

La loi définit ensuite des clauses noires, qui sont en tout état de cause abusives (art. VI.91/4) et des clauses grises qui seront présumées abusives, sauf preuve contraire. Dans les deux cas, il s'agit d'une déclinaison du principe général sanctionnant les déséquilibres manifestes.

Les clauses abusives sont sanctionnées de nullité et laissent subsister le contrat si elles en sont séparables (art. VI.91/6).

On notera également l'interdiction générale des clauses abusives reprise à l'article 5.52 du nouveau Code civil qui se rapproche des dispositions du CDE et prévoit que :

« Toute clause non négociable et qui crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties est abusive et réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre manifeste tient compte de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat.

L'alinéa 1er ne s'applique ni à la définition des prestations principales du contrat, ni à l'équivalence entre les prestations principales »

1.3.5 Protection contre l'abus de dépendance économique

L'article IV.2/1 CDE stipule que :

« Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position de dépendance économique dans laquelle se trouvent une ou plusieurs entreprises à son ou à leur égard, dès lors que la concurrence est susceptible d'en être affectée sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci.

Peut être considérée comme une pratique abusive :

1° le refus d'une vente, d'un achat ou d'autres conditions de transaction;
2° l'imposition de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;

3° la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs ;

4° le fait d'appliquer à l'égard de partenaires économiques des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
5° le fait de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires économiques, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.»

La dépendance économique est définie comme "la position de sujétion d'une entreprise à l'égard d'une ou plusieurs autres entreprises caractérisées par l'absence d'alternative raisonnablement équivalente et disponible dans un délai, à des conditions et à des coûts raisonnables, permettant à celle-ci ou à chacune de celles-ci d'imposer des prestations ou des conditions qui ne pourraient pas être obtenues dans des circonstances normales de marché." (art. I.6, 17° CDE).

⁴⁶ N. DAUBIES, T. LÉONARD ET J.-F. PUYRAIMOND, *op. cit.*, p. 35.

Seuls les abus sont sanctionnés. Ces dispositions pourraient bien sûr s'appliquer à des contrats de distribution même si, à notre connaissance, il n'existe pas encore de jurisprudence en la matière.

Cette interdiction a été insérée dans les dispositions relatives à la concurrence, notamment pour permettre à l'Autorité de la Concurrence d'intervenir pour réprimer ce type de comportement. Il s'agira néanmoins d'une condition d'application qui pourrait limiter le recours à cette disposition dans le chef des entreprises qui seraient victime de tels comportements sans pouvoir démontrer que la concurrence s'en trouve affectée. La loi n'exige toutefois pas un effet sensible, mais une affectation réelle ou potentielle de la concurrence sur le marché ou sur une partie substantielle de celui-ci, ce qui est moins contraignant⁴⁷. La question de savoir si un abus de dépendance économique peut être sanctionné comme une pratique déloyale de marché au sens de l'article VI.104 CDE sans devoir prouver qu'il affecte la concurrence est cependant controversée.

Toutefois, un abus de dépendance économique pourrait éventuellement être considéré comme une pratique de marché agressive au sens de l'article VI.109/1 CDE selon lequel :

“Une pratique du marché est réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite de l'entreprise à l'égard du produit et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision relative à la transaction qu'elle n'aurait pas prise autrement. Pour l'application de la présente section il faut entendre par influence injustifiée : l'utilisation par une entreprise d'une position de force vis-à-vis d'une autre entreprise de manière à faire pression sur celle-ci, même sans avoir recours à la force physique ou menacer de le faire, de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative.”

Ces comportements pourraient alors donner lieu à une action en cessation devant les Cours et tribunaux en dénonçant le comportement par essence abusif de l'abus de dépendance économique⁴⁸.

2. France

2.1. Contrats réglementés

2.1.1 Contrat d'agence commerciale

La France a transposé la directive du 18 décembre 1986 aux articles L.134-1 à L.134-17 du Code de commerce.

La France a choisi un régime de préavis limité de 1 à 3 mois (L134-11, al. 3), sans extension à 4, 5 et 6 mois pour les années suivantes comme la directive en laissait la possibilité (art. 15, § 3 de la directive).

La France a également opté pour une indemnité compensatrice du préjudice subi par l'agent en cas de cessation de ses relations avec le mandant. La jurisprudence tend à accorder à ce titre 2 ans de rémunération brute sur la moyenne des trois dernières années précédant la cessation, ce qui est paradoxalement plus favorable que le régime d'octroi d'une indemnité de clientèle, plafonnée quant à lui à un an de commission.

2.1.2 Contrat de commission

Le Code de commerce comprend également des dispositions générales relatives au contrat de commission (articles L.132-1 et L.132-2).

⁴⁷ J. LEONARD ET E. PIETERS « L'abus de dépendance économique en droit belge de la concurrence. Aperçu de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique », *Competitio*, 2019, p. 15.

⁴⁸ C. BINET ET V. HEINEN « Trois années d'application de l'interdiction d'abus de dépendance économique : une symphonie sans partition ni chef d'orchestre », *R.D.C.*, 2023/7, p. 897 ; J. LEONARD ET E. PIETERS, *op. cit.*, pp 16 et 17.

Celles-ci se limitent à donner une définition générale du commissionnaire agissant en son propre nom pour le compte d'un commettant, à renvoyer pour le surplus aux règles du mandat (art. L.132-1) et à octroyer au commissionnaire un privilège sur les biens et documents qu'il détient pour compte du commettant (art. L.132-2). Les articles L.132-3 et L.132-9 du Code de commerce régissent plus spécifiquement le commissionnaire de transport.

2.1.3 Location gérance

La location gérance est régie par les articles L144-1 à L144-13 du Code de commerce et consiste, pour le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce, à en concéder la location totale ou partielle à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls.

La loi n'organise cependant pas les modalités de résiliation, ni les clauses de non-concurrence. Elle ne prévoit pas davantage d'obligation d'information précontractuelle qui s'écarterait du droit commun.

2.1.4 Gérant-mandataire

Le statut de gérant-mandataire est régi aux articles L146-1 à L146-4 du Code de commerce. Il concerne la personne physique chargée de gérer un fonds de commerce pour compte de son mandant, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires. Le mandant reste propriétaire du fonds et supporte les risques de son exploitation qui est exercée par le gérant-mandataire.

Le gérant-mandataire est libre d'organiser son activité comme il l'entend et d'engager du personnel. Le contrat peut prévoir certaines normes de gestion et d'exploitation du fonds ainsi que les modalités de contrôle reconnues au mandant, sans que cela ne modifie la nature du contrat.

Le mandant doit fournir au gérant-mandataire les informations nécessaires à l'exécution de sa mission avant la signature du contrat (art. L146-2). Ces informations sont précisées par Décret.

L'article 146-3 requiert un contrat cadre qui devra fixer, notamment, le montant de la commission minimale garantie en tenant compte de l'importance de l'établissement et de son exploitation.

Le contrat peut prendre fin à tout moment selon les modalités à définir dans le contrat. Toutefois, en cas de résiliation par le mandant, en dehors de la faute grave du gérant-mandataire, celui-ci est tenu au versement d'une indemnité égale au montant des commissions acquises, ou à la commission minimale garantie, pendant les 6 mois précédant la résiliation du contrat (art. L146-4).

Cette formule est essentiellement utilisée par les opérateurs de téléphonie qui en ont été les inspirateurs.

2.2. Réglementations sectorielles

Outre les réglementations générales citées ci-dessus, la France comporte différentes dispositions spécifiques à des secteurs d'activité particuliers.

2.2.1 Automobile

Article L.442-2 du Code de commerce : *« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de participer directement ou indirectement à la violation d'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence. »*

2.2.2 Placement de crédit

Article L.519-1 du Code monétaire et financier encadrant les conditions d'accès au statut des intermédiaires en opérations de banque et services de paiement et d'exercice de leurs activités.

2.2.3 Placement d'assurance

Réglementation commune à tous les intermédiaires (agent – mandataire de l'assuré ; courtier – mandataire de l'assureur) : ordonnance n° 2018361 du 16 mai 2018 transposant la directive 2016/97 du Parlement européen et du Conseil.

- Réglementation spécifique aux agents d'assurance : décret n° 96-902 du 15 octobre 1996.
- Obligation générale pour tous les intermédiaires en opération de banque/crédit et assurance d'être :
 - membre d'une association professionnelle agréée (décret n° 2021-1552 du 1^{er} décembre 2021)
 - immatriculé à l'ORIAS, registre unique des intermédiaires en opérations de banque/crédit et assurance (arrêté du 6 décembre 2022, article L.546-1 du Code monétaire et financier ; article 512-1 du Code des assurances)

2.2.4 Produits agricoles

Article L.443-1 à L.443-5 du Code de commerce. Ces dispositions visent à protéger les fournisseurs de produits agricoles et de denrées alimentaires à l'égard des distributeurs, notamment en imposant un contrat écrit devant comprendre des clauses relatives aux engagements sur les volumes, aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix. Le contrat doit mentionner les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur au regard des engagements de ce dernier (article L443-2).

L'acheteur ne peut en outre annuler une commande dans un délai inférieur à trente jours pour certains produits énumérés par l'article L. 441-11, II, 1°. Ce délai peut toutefois être réduit pour un secteur d'activité, pour une catégorie d'acheteurs, pour un produit ou une catégorie de produits selon des modalités fixées par décret, mais en laissant suffisamment de temps aux fournisseurs pour vendre leurs produits par l'intermédiaire d'un autre acheteur ou pour les utiliser eux-mêmes (article L443-5).

Ces dispositions sont cependant susceptibles d'être modifiées consécutivement au mouvement récent des agriculteurs en vue de l'obtention de prix minima d'achat de leurs produits, notamment par la grande distribution.

2.3. Règles d'application générale

2.3.1 Principe général de loyauté et de bonne foi

Ces principes sont d'application générale dans tout le droit contractuel et trouvent leur fondement dans l'article 1104 du Code civil selon lequel :

« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. »

Il s'agit d'une disposition d'ordre public.

2.3.2 Information précontractuelle

Les articles L.330-3 et R.330-1 du Code de commerce mettant à la charge de « toute personne mettant à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité l'obligation, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant les informations sincères lui permettant de s'engager en connaissance de cause ».

Plus précisément, "Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de

développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités. Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit. Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent".

Une des caractéristiques de cette loi est donc de n'imposer cette obligation d'information précontractuelle qu'au cas où le contrat impose un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité à charge du cocontractant qui disposera du droit d'exploiter un nom commercial, une marque ou une enseigne.

2.3.3 Fin de contrat

L'article L.442-1-II du Code de commerce dispose que :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à **réparer le préjudice** causé le fait, pour toute personne exerçant des activités de production, distribution ou de services de **rompre brutalement**, même partiellement, **une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis** qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale en référence aux usages du commerce et aux accords interprofessionnels. En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de 18 mois et pour la détermination du prix applicable durant sa durée, des conditions économiques du marché sur lequel opère les parties ».

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ».

2.3.4 Clauses de non-concurrence

Le Code de commerce contient différentes dispositions limitant les obligations d'exclusivité ou de non-concurrence :

Article L.330-1 du Code de commerce : « est limité à un maximum de dix ans la durée de validité de la clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles, s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ».

Article L.330-2 du Code de commerce : « Lorsque le contrat comportant la clause d'exclusivité mentionnée à l'article L. 330-1 est suivi ultérieurement, entre les mêmes parties, d'autres engagements analogues portant sur le même genre de biens, les clauses d'exclusivité contenues dans ces nouvelles conventions prennent fin à la même date que celle figurant au premier contrat ».

Article L.341-1 du Code de commerce : « L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou morale de droit privé regroupant des commerçants ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 (précité cf II.1) et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune.

La résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa du présent article.

Le présent article n'est pas applicable au contrat de bail dont la durée est régie par l'article L. 145-4, au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative ».

Article L.341-2 du Code de commerce :

« I. Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite.

II. Ne sont pas soumises au I du présent article les clauses dont la personne qui s'en prévaut démontre qu'elles remplissent les conditions cumulatives suivantes :

1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat mentionné au I ;

2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I ;

3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I ;

4° Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1 ».

2.3.5 Clauses abusives

Article L.442-1-I du Code de commerce :

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un **avantage** ne correspondant à **aucune contrepartie** ou manifestement **disproportionné** au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un **déséquilibre significatif dans les droits et obligations** des parties ;

3° D'imposer des **pénalités logistiques** ne respectant pas l'article L. 441-17 ; (pénalités imposées d'office et abusives)

4° De pratiquer, à l'égard de l'autre partie, ou d'obtenir d'elle des **prix**, des **délais** de paiement, des **conditions de vente** ou des modalités de vente ou d'achat **discriminatoires** et non justifiés par des contreparties réelles prévues par la convention mentionnée à l'article L. 441-4 en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;

5° De ne pas avoir mené de **bonne foi les négociations** commerciales, conformément à l'article L. 441-4, ayant eu pour conséquence de ne pas aboutir à la conclusion d'un contrat dans le respect de la date butoir prévue à l'article L. 441-3 ».

(NB : l'**article L.441-3** stipule :

« Une convention écrite conclue entre le fournisseur, à l'exception des fournisseurs de produits mentionnés à l'article L.443 (produits agricoles et denrées alimentaires) et le distributeur ou le prestataire de services mentionne les obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties à l'issue de la négociation commerciale ».

Cette convention doit notamment prévoir les conditions tarifaires applicables aux relations (remises de base et remises additionnelles conditionnelles consenties par le fournisseur au distributeur).

Article L.442-3 du Code de commerce :

« Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, la possibilité :

a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;

b) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ;

c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur elle ».

2.3.6 Protection contre l'abus de dépendance économique

Les dispositions régissant les pratiques anticoncurrentielles sont reprises aux articles L420-1 à L420-7 du Code de commerce qui sanctionnent l'abus de position dominante ou de dépendance économique qui ont un impact significatif sur le marché.

Article L.420-2 du Code de commerce :

« Est prohibée l'**exploitation abusive** par une entreprise ou un groupe d'entreprises une **position dominante** sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des **conditions commerciales injustifiées**.

Est **en outre** prohibée, dès lors qu'elle est susceptible **d'affecter** le fonctionnement ou la structure de la **concurrence**, l'**exploitation abusive** par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de **dépendance** économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur ».

D'une manière générale :

Article 1143 du Code civil : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

3. Allemagne

3.1. Contrats réglementés

3.1.1 Contrat d'agence commerciale

La directive du 18 décembre 1996 a été transposée aux articles 87 à 92c du Code de commerce (HGB).

Les contrats à durée indéterminée peuvent être résiliés moyennant un préavis de 1 à 3 mois entre la 1^e et la 5^e année. Après 5 ans, le préavis sera de 6 mois (art. 89 HGB).

L'Allemagne a opté pour une indemnisation d'éviction raisonnable et équitable en faveur de l'agent en cas de cessation du contrat par le commettant, hors faute grave ou circonstances exceptionnelles.

Cette indemnité est calculée en fonction des commissions brutes afférentes à l'accroissement effectif du nombre de clients ou du volume d'affaires avec les clients existants. Il est tenu compte de la persistance probable des avantages qu'en retirera le commettant, compte tenu de la durée estimée des relations contractuelles avec la clientèle. Le taux d'érosion de la clientèle est ensuite pris en compte. On applique ensuite un taux d'actualisation dès lors que l'indemnité compense une perte future.

3.1.2 Contrat de commission

Le Code de commerce comprend également des dispositions générales relatives au contrat de commission (articles 383 à 406 HGB).

Le commissionnaire y est défini comme une personne qui s'engage à acheter ou à vendre des marchandises ou des titres en son nom propre, mais pour le compte du commettant. Les dispositions qui suivent organisent pour l'essentiel les droits et obligations des parties en cours de contrat.

Ce type de contrat est proche du mandat visant l'exécution d'une opération isolée et diffère en cela du contrat d'agence encadrant une relation stable et permanente. Rien n'est dès lors prévu en ce qui concerne les modalités applicables à la fin du contrat (préavis, indemnité de rupture, goodwill).

Le droit allemand opère cependant une distinction entre commissionnaire et agent commissionnaire. Contrairement au commissionnaire (§§ 383 et suivants HGB), l'agent commissionnaire est chargé de vendre des marchandises ou des titres pour le compte d'un autre entrepreneur dans le cadre d'une obligation stable et permanente. C'est donc ici le caractère durable de la relation qui est souligné pour accorder à l'agent commissionnaire une indemnisation conformément à l'article 89b HGB (cf. arrêt du 21 juillet 2016 - I ZR 229/15⁴⁹).

Toutefois, l'agent commissionnaire n'aura pas droit à une indemnisation s'il n'y a pas d'obligation contractuelle de la part du commissionnaire de transférer sa base de données clients au fabricant ou au fournisseur de manière à ce que ce dernier puisse l'utiliser immédiatement et facilement.

3.1.3 Contrat de distribution

Il n'existe pas de disposition légale régissant le contrat de concession. Mais le contrat de concession jouit néanmoins d'une réelle protection si le distributeur est intégré dans l'organisation de vente du fabricant ou du fournisseur de manière à ce qu'il accomplisse les tâches d'agent commercial et soit tenu de transmettre les données des clients au fabricant ou au fournisseur selon les termes du contrat.

La jurisprudence⁵⁰ lui applique en effet par analogie les règles du contrat d'agence, en particulier en ce qui concerne l'obligation de principe de veiller aux intérêts du concédant (art. 86), le droit de rétention des documents, échantillons et matériel publicitaire jusqu'au paiement des sommes dues par le concédant (art. 88), les délais de préavis minimum en cas de rupture (art. 89b), les cas de résiliation sans préavis ni indemnité (art. 89a, al. 1), les indemnités de rupture pour motifs contraignants (art. 89a, al. 2) et les obligations de non-concurrence (art. 90a).

Même le droit à indemnité de clientèle résultant de l'article 89 a, al.2 lui sera ainsi reconnu.

3.2. Réglementations sectorielles

La distribution d'assurances et de produits financiers sont régies aux art. 93-104 du Code de commerce (HGB). Les articles 92 et 92a comportent également certaines règles spécifiques applicables aux agents d'assurances. Ces dispositions prévoient l'application des règles sur l'agence commerciale moyennant certaines dérogations et adaptations. L'agent d'assurance n'est ainsi fondé à percevoir de commissions que pour les affaires attribuables à ses efforts sans pouvoir prétendre aux commissions pour les affaires qui seraient réalisées, en dehors de son intervention, sur son territoire ou avec le groupe de client qui lui est attribué.

Lorsqu'un agent d'assurance est exclusivement lié à un commettant en raison d'une clause contractuelle ou de la nature de ses activités, les autorités fédérales (ministère de la Justice et ministère des Affaires économiques) peuvent fixer, après consultation des associations représentatives des agents et des commettants, les obligations minimales du commettant en vue de garantir que les besoins sociaux et économiques de ces agents seront rencontrés.

Les agents qui exercent leurs activités à titre accessoire bénéficient de protections réduites par rapport aux agents exerçant une activité à titre principal (at. 92b et 92c).

3.3. Règles d'application générale

3.3.1 Information précontractuelle

L'Allemagne n'a pas établi d'obligation d'information précontractuelle spécifiquement consacrée au contrat de collaboration commerciale.

⁴⁹ Disponible sur juris.bundesgerichtshof.de

⁵⁰ Décision 25.03.1982, I ZR 146/80, NJW 1982, 2819; Décision 14.04.1983, I ZR 20/81, NJW 1983, 2877; Décision 02.07.1987, I ZR 188/85, NJW -RR 1988, 42; Décision 06.10.1993, VIII ZR 172/92, NJW-RR 1994, 99; Décision 27.03.1996, VIII ZR 116/95, NJW 1996, 1752; Décision 17.04.1996 VIII ZR 5/95, NJW 1996, 2159; Décision 05.06.1996, VIII ZR 7/95, NJW 1996, 2302; Décision 26.02.1997, VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503; Décision 26.11.1997, VIII ZR 283/96, NJW-RR 1998, 390.

Il existe par contre une obligation générale d'information précontractuelle résultant des dispositions générales du Code civil (BGB) et en particulier de l'article 311 § 2 en vertu duquel le début de négociations contractuelles ou de contacts commerciaux impliquent l'obligation de tenir compte des intérêts juridiques et des autres intérêts de la contrepartie en cause, conformément à l'article 241 § 2 BGB.

3.3.2 Fin de contrat

Comme indiqué ci-dessus, le délai de préavis prévu par l'article 89a HGB relatif à l'agence commerciale est appliqué par analogie aux autres contrats de distribution, en particulier le contrat de concession.

L'article 314 BGB permet en outre la résiliation sans préavis pour motif impérieux des contrats portant sur l'exécution d'une obligation à prestations successives (obligation continue). Cette faculté est toutefois subordonnée, par l'auteur de la résiliation, à la prise en compte de toutes les circonstances du cas d'espèce et en opérant la balance des intérêts respectifs des 2 parties. La résiliation ne pourra intervenir pour raison impérieuse que dans la mesure où on ne peut raisonnablement demander à la partie qui résilie le contrat de poursuivre la relation contractuelle jusqu'au terme convenu ou jusqu'à l'expiration d'un éventuel préavis.

Si la raison impérieuse invoquée consiste dans l'inexécution du contrat, la partie qui cherche à s'en prévaloir devra d'abord donner à son cocontractant la possibilité d'y remédier dans un délai raisonnable au terme duquel la résiliation pourra intervenir. Ce délai ne devra cependant pas être respecté si les circonstances justifient la résiliation immédiate.

Le titulaire du droit de résilier ne peut exercer son droit que dans un délai raisonnable après avoir eu connaissance du motif impérieux qui justifie cette résiliation.

La résiliation n'exclut pas le droit d'exiger des dommages et intérêts.

En droit de la distribution, la jurisprudence tend à considérer que la résiliation est inefficace lorsque le préavis est insuffisant pour assurer l'amortissement des investissements en cours dans le cadre de l'exécution du contrat. Cette question est cependant controversée.

Comme déjà relevé ci-avant l'indemnité d'éviction prévue dans les dispositions relatives à l'agence fait également l'objet d'une application par analogie dans les autres contrats de distribution, en particulier la concession.

3.3.3 Clauses de non-concurrence

Les clauses de non-concurrence font l'objet de dispositions particulières aux articles 74 et suivants du Code de commerce (HGB). La clause de non-concurrence doit être rédigée par écrit et remise sous forme de document signé par le commettant. Elle n'est contraignante que si le commettant s'engage à verser, pendant la période d'interdiction, une indemnité qui, pour chaque année d'interdiction, s'élève à au moins la moitié de la rémunération contractuelle la plus récente perçue par le cocontractant.

La validité de la clause est également subordonnée aux intérêts légitimes du commettant. Elle sera également considérée comme non liante dans la mesure où elle constitue un obstacle déraisonnable à la poursuite des activités du cocontractant, en prenant en considération l'indemnité qui lui est octroyée.

L'engagement de non-concurrence ne peut en outre pas dépasser une durée de 2 ans (article 74a HGB).

3.3.4 Clauses abusives et protection contre l'abus de dépendance économique

L'abus de droit est interdit en vertu du principe général d'exécution de bonne foi des conventions reprises à l'article 242 BGB selon lequel le débiteur d'une obligation a le devoir de l'exécuter dans le respect des exigences de la bonne foi et en tenant compte des usages.

La loi sur la concurrence (GWB) contient des dispositions qui prohibent tout abus de position dominante. Cette prohibition concerne non seulement les accords restrictifs de concurrence, mais également les comportements abusifs à l'égard des autres entreprises. Sont ainsi visés les comportements :

- qui créent un obstacle déloyal à l'activité d'autres entreprises ou créant à leur égard une discrimination non objective ;
- qui exigent des conditions commerciales ou de paiement discriminatoires ;
- qui refusent, sans justification objective, de fournir des biens ou services à une autre entreprise contre une rémunération adéquate, notamment en ce qui concerne l'accès à des données, réseaux ou autres infrastructures nécessaires pour fonctionner sur le marché en cause ;
- qui exigent des avantages injustifiés (article 19 GWB).

L'article 20 GWB, règlemente l'abus de dépendance économique en tenant compte des entreprises ayant un pouvoir de marché relatif supérieur à l'égard de leurs partenaires, même sans disposer d'une position dominante sur le marché global.

Sa rédaction est assez complexe mais considère que l'interdiction d'abus de position dominante résultant de l'article 19, § 1 du GWB s'applique également aux entreprises et aux associations d'entreprises dans la mesure où d'autres entreprises, en tant que fournisseurs ou acheteurs d'un certain type de biens ou de services commerciaux, dépendent d'elles en manière telle qu'il n'existe pas de possibilités suffisantes et raisonnables de recours à des tiers et qu'il existe un déséquilibre important entre le pouvoir de ces entreprises ou associations d'entreprises et le pouvoir compensateur d'autres entreprises (pouvoir relatif sur le marché). Cette interdiction s'applique également aux entreprises agissant en tant qu'intermédiaires sur des marchés multifaces, dans la mesure où d'autres entreprises dépendent de leurs intermédiation pour accéder aux marchés d'approvisionnement et de vente de telle manière qu'il n'existe pas d'alternatives suffisantes et raisonnables.

Il prévoit également que la relation de dépendance peut également résulter du fait qu'une entreprise dépend de l'accès à des données contrôlées par une autre entreprise pour exercer ses propres activités.

Les entreprises disposant d'un pouvoir de marché supérieur à celui des concurrents de petite et moyenne taille ne peuvent pas abuser de ce pouvoir pour entraver ces concurrents, directement ou indirectement, de manière déloyale. Sont notamment visés les comportements de l'entreprise qui :

1 (vise le secteur alimentaire)....

2. propose, de manière non occasionnelle, d'autres biens ou services commerciaux en dessous du prix de revient, ou

3. exige des petites ou moyennes entreprises avec lesquelles elle est en concurrence sur le marché en aval, dans la distribution de biens ou de services commerciaux, un prix pour la livraison de ces biens ou services qui est supérieur au prix qu'elle offre elle-même sur ce marché, à moins qu'il n'y ait, dans chaque cas, une justification objective.

4. Pays-Bas

4.1. Contrats réglementés

4.1.1 Contrat d'agence commerciale

La directive du 18 décembre 1986 a été transposée aux articles 428 à 445 du Code civil.

L'article 437 prévoit un délai de préavis de 4 mois pour mettre fin à un contrat de durée indéterminée. Ce délai est porté à 5 ans après 3 ans et à 6 mois après 6 ans. Le contrat peut néanmoins déroger au régime légal en prévoyant un préavis de 1 à 3 mois pour les 3 premières années.

L'article 442 accorde une indemnité d'éviction en cas d'augmentation de clientèle, conformément à l'article 17, § 2 de la directive.

4.1.2 Contrat de franchise

Les Pays-Bas ont adopté une loi spécifique régissant le contrat de franchise au titre 16 du Livre 7 du Code civil (art. 911 à 922).

Ces dispositions donnent une définition du contrat de franchise décrit comme « *le contrat par lequel le franchiseur accorde à un franchisé, contre rémunération, le droit et l'obligation d'exploiter une formule de franchise de la manière désignée par le franchiseur pour la production ou la vente de biens ou la prestation de services.* »

La loi, qui est impérative (art. 922), impose une exécution de bonne foi et la fourniture d'informations précontractuelles dont le contenu peut être modifié par décret, ainsi qu'en cours d'exécution du contrat.

Ces informations sont les suivantes :

- 1 *Le franchisé doit fournir au franchiseur des informations sur sa situation financière dans la mesure où elles sont raisonnablement pertinentes pour la conclusion du contrat de franchise.*
- 2 *Le franchiseur doit quant à lui fournir au franchisé :*
 - i. *le projet d'accord de franchise, y compris les annexes ;*
 - ii. *une représentation du contenu et de la portée des réglementations concernant les redevances, les marges ou autres contributions financières à payer par le franchisé ou concernant les investissements qui lui sont demandés ;*
 - iii. *des informations sur :*
 - 1°. *les modalités et la fréquence des consultations entre le franchiseur et les franchisés et, le cas échéant, les coordonnées de l'organe de représentation des franchisés ;*
 - 2°. *la mesure dans laquelle et la manière dont le franchiseur peut concurrencer le franchisé, par le biais d'une formule dérivée ou autrement ;*
 - 3°. *l'étendue, la fréquence et la manière dont le franchisé peut prendre connaissance des données relatives au chiffre d'affaires qui le concernent ou qui sont pertinentes pour ses activités commerciales.*
- 3 *En outre, le franchiseur doit fournir au futur franchisé les informations suivantes en temps utile, dans la mesure où ces informations sont disponibles auprès de lui, d'une filiale visée à la section 24a du livre 2, ou d'une société du groupe qui lui est affiliée visée à la section 24b du livre 2, et sont raisonnablement pertinentes pour la conclusion du contrat de franchise :*
 - a. *des informations sur sa situation financière ; et*
 - b. *les données financières relatives à l'emplacement prévu de l'entreprise franchisée ou, à défaut, les données financières d'une ou de plusieurs entreprises jugées comparables par le franchiseur, ce dernier précisant les raisons pour lesquelles il les considère comme comparables.*
- 4 *Le franchiseur doit également fournir au futur franchisé toute autre information dont il sait ou peut raisonnablement penser qu'elle est pertinente pour la conclusion du contrat de franchise.*

On soulignera le premier point de cette énumération qui impose également la communication d'informations dans le chef du franchisé. De la même manière, le franchisé se voit également imposer un devoir de s'informer dans les limites du raisonnable pour éviter de s'engager dans un contrat sur une base erronée (art. 915).

Les informations à communiquer par le franchiseur doivent être fournies au moins quatre semaines avant la conclusion de l'accord. Pendant cette période, le franchiseur ne pourra modifier le projet de contrat, conclure des accords liés à la conclusion du contrat de franchise ni exiger de paiement de la part du candidat franchisé (art. 914).

La loi prévoit également une obligation d'assistance du franchiseur au franchisé et des mentions minimales à reprendre au contrat.

En cours de contrat, le franchiseur devra également communiquer en temps utile au franchisé :

- a. Des informations sur les modifications proposées à l'accord ;
- b. Des informations sur les investissements qu'il demande au franchisé ;
- c. Une notification de la décision d'utiliser, directement par le franchiseur ou par l'intermédiaire de tiers, une formule dérivée, y compris une interprétation du contenu et de la portée de la formule dérivée concernée ; et
- d. Toute autre information que le franchiseur sait ou peut raisonnablement soupçonner d'être importante au regard de l'exécution du contrat de franchise par le franchisé.

Chaque année, le franchiseur devra également communiquer au franchisé "la mesure dans laquelle les majorations ou autres contributions financières apportées par le franchisé au cours de l'exercice précédent conformément à l'exigence du franchiseur couvrent les coûts ou les investissements que le franchiseur a l'intention ou a eu l'intention de couvrir avec ces contributions" (art. 916).

La loi prévoit également que les modifications importantes de la formule faisant l'objet de la franchise requièrent l'accord préalable du réseau des franchisés et de chaque franchisé individuellement lorsqu'ils sont affectés par les modifications envisagées (art. 921).

Cet article dispose que :

- « 1 Si le franchiseur a l'intention de modifier la formule de franchise en utilisant une disposition contenue dans le contrat de franchise ou a l'intention de faire exploiter une formule dérivée directement ou par l'intermédiaire de tiers sans modifier le contrat de franchise à cette fin, et que le franchiseur, compte tenu de cette intention :
- a. nécessite un investissement de la part du franchisé ;
 - b. introduit ou modifie une obligation pour le franchisé de payer une redevance, une majoration ou une autre contribution financière, autre que l'investissement visé à la partie a, au détriment du franchisé ;
 - c. exige que le franchisé supporte d'autres types de coûts ; ou
 - d. peut raisonnablement prévoir que la mise en œuvre de l'intention entraînera une perte de chiffre d'affaires pour l'entreprise du franchisé, et que cet investissement, cette redevance, cette marge ou toute autre contribution financière ou perte de chiffre d'affaires attendue dépasse un niveau spécifié dans l'accord de franchise ;

le franchiseur a besoin de l'accord préalable de :

1. une majorité des franchisés établis aux Pays-Bas avec lesquels le franchiseur a conclu un contrat de franchise concernant la formule de franchise ; ou
2. chacun des franchisés établis aux Pays-Bas qui est affecté par l'intention du franchiseur de la manière visée aux points a, b, c ou d.
3. Si la détermination du niveau visé au premier paragraphe ne figure pas dans l'accord de franchise, le consentement préalable visé au premier paragraphe est toujours requis, quelle que soit l'importance de l'investissement requis, de la contribution financière, des coûts ou de la perte de chiffre d'affaires visés au premier paragraphe, en vertu des points a, b, c ou d, respectivement. »

4.2. Réglementations sectorielles

Les Pays-Bas ne disposent pas de réglementation sectorielle dans le secteur de la distribution. Un contrat de concession de vente ne peut donc l'objet d'aucune protection particulière autre que le droit commun.

4.3. Règles d'application générale

4.3.1 Information précontractuelle

Le droit commun ne prévoit pas de réglementation générale sur l'obligation d'information précontractuelle. Cette obligation n'est reprise qu'à l'égard du franchisé, aux articles 913 et 914 du Code civil.

La loyauté dans les négociations est imposée par le principe général exigeant le respect du critère de raison et de l'équité (*redelijkheid en billijkheid*) de l'article 6 :2 du Code civil.

4.3.2 Fin de contrat

Les accords conclus pour une durée indéterminée peuvent toujours être résiliés. Si la convention comporte une clause spécifique sur la question, celle-ci sera d'application. À défaut, la résiliation devra obéir au critère de raison et d'équité.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation (Hoge Raad), la résiliation unilatérale d'un contrat doit intervenir à la lumière des critères de raison et d'équité en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce. Ces circonstances peuvent imposer que la résiliation intervienne moyennant un préavis raisonnable. À défaut l'auteur de la résiliation s'expose au paiement de dommages et intérêts⁵¹.

Les accords à durée déterminée ne peuvent en principe être résiliés avant l'expiration de leur terme, sauf pour justes motifs ou en cas de clause contractuelle autorisant une telle résiliation.

4.3.3 Tempéraments de la règle de raison et de l'équité

En général, le législateur néerlandais n'offre pas de protection de principe à une partie contractante économiquement plus faible. Les partenaires commerciaux professionnels qui ont conclu un accord de distribution entre eux sont en principe égaux. Ils sont censés régler eux-mêmes leur relation contractuelle.

Les dispositions obligatoires qui s'appliquent aux contrats d'agence ou de franchise ne peuvent dès lors pas être appliquées par analogie aux contrats commerciaux ou de distribution.

L'article 6 :248 du Code civil dispose toutefois que :

« 1. Un accord entraîne non seulement les conséquences juridiques convenues par les parties, mais également celles qui, selon la nature de l'accord, découlent de la loi, de la coutume ou des exigences du caractère raisonnable et de l'équité. »

2. Une règle applicable entre les parties en raison de l'accord ne s'applique pas dans la mesure où cela serait inacceptable dans les circonstances données selon les normes du caractère raisonnable et de l'équité. »

Cette disposition apporte un correctif important à la force obligatoire des contrats lorsque son application stricte aboutirait à des conséquences inacceptables. Elle comporte une fonction complétive (§ 1) et correctrice (§ 2).

5. Italie

5.1. Contrats réglementés

5.1.1 Contrat d'agence commerciale

La directive du 18 décembre 1986 a été transposée dans les articles 1742 à 1753 du Code civil italien.

La loi italienne prévoit un mois de préavis par année d'ancienneté pour la résiliation des contrats à durée indéterminée avec un maximum de 6 mois (art. 1750).

L'article 1751 prévoit une indemnité d'éviction conforme à l'article 17, § 2 de la directive.

⁵¹ HR 3 décembre 1999, LJV AA3821, NJ 2000/120, disponible sur www.uitspraken.rechtspraak.nl

5.1.2 Contrat de commission

Le contrat de commission est régi par les articles 1731 à 1736 du Code civil. Il y est défini comme un mandat d'achat ou de vente de marchandises pour le compte du commettant et au nom du commissionnaire (art. 1731).

Le commissionnaire est rémunéré à la commission en fonction des usages ou, à défaut d'usage, par une décision judiciaire statuant en équité.

Le contrat est toujours révocable par le commettant. Le commissionnaire est alors fondé à obtenir une partie de la commission pour les coûts encourus et le travail effectué.

Il n'y a donc pas de protection particulière du contrat de commission lorsque celui-ci sert de cadre à une activité régulière de distribution.

5.1.3 Contrat de franchise

La loi n° 129 du 6 mai 2004 relative à la réglementation de l'affiliation commerciale régit le contrat de franchise, qu'elle définit comme suit :

“La franchise est un contrat, quelle que soit sa dénomination, entre deux personnes morales économiquement et juridiquement indépendantes, par lequel l'une des parties concède à l'autre, à titre onéreux, un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle portant sur des marques, des noms commerciaux, des enseignes, des modèles d'utilité, des dessins et modèles, des droits d'auteur, un savoir-faire, des brevets, une assistance ou des conseils techniques et commerciaux, en incluant le franchisé dans un système constitué d'une pluralité de franchisés répartis sur l'ensemble du territoire, aux fins de commercialiser certains biens ou services.”

Cette définition s'inspire donc de l'ancien règlement européen en la matière.

La loi impose un contrat écrit et la mise à disposition d'une formule commerciale ayant été testée au préalable par le franchiseur sur le marché.

Le contrat peut être conclu pour une durée déterminée mais doit, en ce cas, garantir au franchisé une durée minimale suffisante pour l'amortissement de ses investissements et ne pouvant être inférieure à trois ans.

Le contrat doit également comporter certaines informations obligatoires telles que le montant de l'investissement et des coûts d'entrée à supporter par le franchisé, le mode de calcul des redevances, la portée des exclusivités territoriales, la description du savoir-faire fourni par le franchiseur et les conditions de durée, de renouvellement et de résiliation du contrat.

La loi impose également au franchiseur de fournir un certain nombre d'informations précontractuelles (art. 4 de la loi) :

1. *Au moins trente jours avant la signature d'un contrat d'affiliation commerciale, le franchiseur doit remettre au futur franchisé une copie complète du contrat à signer, ainsi que les annexes suivantes, à l'exception de celles pour lesquelles il existe des exigences de confidentialité objectives et spécifiques, qui doivent en tout état de cause être mentionnées dans le contrat :*

- a. *les données principales concernant le franchiseur, y compris son nom et son capital social et, si le futur franchisé le demande, une copie de son bilan pour les trois dernières années ou à partir de la date de début d'activité si celle-ci est inférieure à trois ans ;*
- b. *une indication des marques utilisées dans le système, avec les détails de leur enregistrement ou de leur dépôt, ou de la licence accordée au franchiseur par le tiers qui peut en être propriétaire, ou des documents prouvant l'usage effectif de la marque ;*
- c. *une illustration concise des éléments caractérisant l'activité qui fait l'objet de l'affiliation commerciale ;*
- d. *une liste des franchisés opérant actuellement dans le système et des points de vente directs du franchiseur ;*
- e. *une indication de l'évolution, année par année, du nombre de franchisés et de leur localisation au cours des trois dernières années ou depuis la date de début de l'activité du franchiseur, si celle-ci est inférieure à trois ans ;*

- f. *une description sommaire de toute procédure judiciaire ou d'arbitrage engagée contre le franchiseur et conclue au cours des trois dernières années en rapport avec le système d'affiliation commerciale considéré, que ce soit par des franchisés ou par des tiers privés ou des autorités publiques, dans le respect des lois applicables en matière de protection de la vie privée.*

La loi énonce en outre que le projet de contrat doit notamment mentionner "(a) le montant de l'investissement et les éventuels coûts d'entrée à supporter par le franchisé avant de commencer ses activités et (b) le mode de calcul et de paiement des redevances, et toute indication d'un minimum de perception à réaliser par le franchisé" (art. 3).

Elle impose en outre au franchisé une obligation générale de "se comporter envers le candidat franchisé avec loyauté, équité et bonne foi et fournir promptement au candidat franchisé toutes les données et informations que ce dernier juge nécessaires ou utiles aux fins de la conclusion du contrat d'affiliation commerciale, à moins que ces informations ne soient objectivement confidentielles ou que leur divulgation ne constitue une atteinte aux droits des tiers." Une obligation symétrique est mise à charge du futur franchisé (art. 6).

La loi reprend enfin, à charge des deux parties, une obligation de loyauté et de bonne foi. Elle met également à charge du franchisé une obligation de confidentialité portant sur le contenu et l'objet de la franchise.

Un Décret prévoit également des obligations d'information précontractuelles spécifiquement applicables au franchiseurs étrangers (Décret n° 204 du 2 septembre 2005 contenant des règles pour la réglementation de l'affiliation commerciale visée à l'article 4, § 2, de la loi n° 129 du 6 mai 2004.)

"Le franchiseur ... doit remettre au futur franchisé une copie complète du contrat à signer, accompagnée des annexes visées aux paragraphes 2, 3, 5 et 6 du présent article.

2. Dans le même délai que celui visé au paragraphe 1, le franchiseur fournit au futur franchisé une liste numérique, comprenant les franchisés et les points de vente directs actuellement en activité, ventilée par État.

3. À la demande d'un candidat à la franchise, le franchiseur fournit également une liste contenant les données relatives à l'emplacement et à la disponibilité d'au moins vingt franchisés en activité. Si le nombre total de franchisés est inférieur à ce nombre, le franchiseur fournit la liste complète.

...

5. Le franchiseur est tenu de fournir une indication de l'évolution, année par année et ventilée par État, du nombre de franchisés et de leur localisation au cours des trois dernières années civiles ou à partir de la date de démarrage de l'activité si celle-ci est inférieure à trois ans.

6. Le franchiseur fournit au futur franchisé une description sommaire de toute procédure judiciaire ayant fait l'objet d'une décision définitive au cours des trois années civiles précédant la période visée au paragraphe 1 et de toute procédure d'arbitrage ayant fait l'objet d'une sentence définitive au cours de la même période."

5.2. Réglementations sectorielles

Le droit italien comporte des réglementations sectorielles pouvant avoir un impact en matière de distribution des produits alimentaires⁵², des produits financiers⁵³, d'assurances⁵⁴ ou de services bancaires⁵⁵.

Des dispositions spécifiques au secteur automobile ont été introduites à l'article 7 *quinquies* de la loi n° 108/2022 portant "Dispositions sur la distribution automobile"⁵⁶. Cette disposition s'applique à tout accord vertical, qu'il s'agisse d'un contrat d'agence, de distribution ou de commission, conclu entre le constructeur ou l'importateur de véhicules et des distributeurs agréés.

La loi prévoit un préavis minimum de 24 mois pour les contrats à durée indéterminée. Les contrats à durée déterminée doivent porter sur minimum 5 ans et sont sujets à un préavis de non-renouvellement de 6 mois.

En cas de résiliation unilatérale par le fabricant ou l'importateur, le distributeur peut obtenir une indemnité équitable qui prendra en considération les investissements qui ne sont pas encore amortis à la date de résiliation ainsi que la valeur du fonds de commerce.

Le texte est libellé comme suit :

"1. Les dispositions du présent article s'appliquent aux accords verticaux, même s'ils prennent la forme d'un contrat d'agence de vente ou de commission, conclus entre le constructeur ou l'importateur de véhicules et des distributeurs agréés individuels pour la commercialisation de véhicules qui n'ont pas encore été immatriculés, ainsi que de véhicules qui ont été immatriculés par les distributeurs agréés depuis six mois au maximum et qui n'ont pas parcouru plus de 6.000 kilomètres.

2. Les accords entre le fabricant ou l'importateur et le distributeur agréé sont conclus pour une durée indéterminée ou, s'ils sont conclus pour une durée déterminée, pour une période d'au moins cinq ans, et régissent les conditions de vente, les limites du mandat, les hypothèses de responsabilité respectives et la répartition des coûts liés à la vente. Pour les accords à durée indéterminée, le délai de préavis écrit entre les parties pour la résiliation est de vingt-quatre mois ; pour les accords à durée déterminée, chaque partie doit notifier par écrit, au moins six mois avant la date d'expiration, son intention de ne pas renouveler l'accord, faute de quoi la notification est sans effet. Le constructeur ou l'importateur fournit au distributeur agréé, avant la conclusion de l'accord visé aux paragraphes 1 et 2, ainsi que lors de toute modification ultérieure de celui-ci, toutes les informations en sa possession qui sont nécessaires pour apprécier en connaissance de cause l'étendue des engagements à souscrire et la durabilité de ces engagements en termes économiques, financiers et patrimoniaux, y compris une estimation des recettes marginales attendues de la commercialisation des véhicules.

4. Le fabricant ou l'importateur qui résilie l'accord est tenu de verser au distributeur agréé une indemnité équitable, calculée conjointement sur la base de la valeur

(a) des investissements qu'il a effectués de bonne foi en vue de l'exécution de l'accord et qui n'ont pas été amortis à la date de résiliation de l'accord

(b) du fonds de commerce pour les activités exercées dans le cadre de l'exécution du contrat, proportionnellement au chiffre d'affaires réalisé par le distributeur agréé au cours des cinq dernières années du contrat.

⁵² Décret législatif n° 198 du 8 novembre 2021, mettant en œuvre la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux pratiques commerciales déloyales entre entreprises dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, ainsi que l'article 7 de la loi italienne n° 53 du 22 avril 2021 sur la commercialisation des produits agricoles et des denrées alimentaires.

⁵³ Articles 18 bis, 18 ter et 31 du décret législatif n° 58 du 24 février 1998 (contenant la loi de finances consolidée).

⁵⁴ Article 109 du décret législatif n° 209 de 2005 (contenant la loi sur les assurances privées).

⁵⁵ Titre VI-bis, articles 128-quater et suivants du décret législatif n° 385 du 1er septembre 1993 (contenant la loi bancaire consolidée).

⁵⁶ Introduit par l'article 1, § 47, de la loi n° 213/2023

5. L'indemnité visée au paragraphe 4 n'est pas due en cas de résiliation pour faute ou lorsque la résiliation est demandée par le distributeur agréé. 5-bis. Les dispositions des paragraphes 1 à 5 ne sont pas contraignantes”.

L'article 5bis de la loi énonce cependant que les dispositions qui précèdent ne sont pas contraignantes, ce qui en diminue évidemment l'efficacité.

5.3. Règles d'application générale

5.3.1 Information précontractuelle

Conformément à l'article 1175 du Code civil, les parties ont l'obligation générale de mener des négociations de bonne foi, ce qui implique également le devoir d'informer l'autre partie de toute question pertinente pour la conclusion du contrat.

5.3.2 Fin de contrat

Les dispositions de droit commun relatives à la résiliation unilatérale des contrats sont reprises aux articles 1453 à 1469 du Code civil. La résiliation est permise en cas de manquement du cocontractant, en cas de force majeure et en cas de survenance d'un événement imprévisible rendant le contrat excessivement onéreux.

L'article 1373 du Code civil permet également la résiliation unilatérale des contrats à prestations successives. Si les parties n'ont pas contractuellement déterminé le délai de résiliation, celui-ci devra être approprié, compte tenu de la nature ou du type de contrat et de toutes les autres conditions de fait.

En dehors des lois spécifiques, le droit commun ne prévoit aucune indemnité de résiliation.

5.3.3 Clause de non-concurrence

Les obligations de non-concurrence et d'exclusivité peuvent être négociées au cas par cas par les parties. En cas d'accords verticaux, il convient de se référer aux dispositions du Règlement (UE) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

5.3.4 Protection contre l'abus de dépendance économique

L'article 9 de la loi n° 192/1998 - Abus de dépendance économique, prévoit que :

“(1) Il est interdit à une ou plusieurs entreprises d'abuser de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, ou se trouve par rapport à elle(s), une entreprise cliente ou fournisseur. La dépendance économique est une situation dans laquelle une entreprise est en mesure de créer un déséquilibre excessif de droits et d'obligations dans ses relations commerciales avec une autre entreprise. La dépendance économique s'apprécie également en tenant compte de la possibilité réelle pour la partie victime de l'abus de trouver des alternatives satisfaisantes sur le marché. Sauf preuve contraire, la dépendance économique est présumée lorsqu'une entreprise utilise les services d'intermédiation fournis par une plateforme numérique qui joue un rôle déterminant pour atteindre les utilisateurs finaux ou les fournisseurs, y compris en termes d'effets de réseau ou de disponibilité des données.

2. L'abus peut également consister dans le refus de vendre ou le refus d'acheter, l'imposition de conditions contractuelles onéreuses ou discriminatoires injustifiées, ou la rupture arbitraire de relations commerciales existantes. Les pratiques abusives mises en œuvre par les plateformes numériques visées au paragraphe 1 peuvent également consister à fournir des informations ou des données insuffisantes sur l'étendue ou la qualité du service fourni et à demander des prestations unilatérales indues non justifiées par la nature ou le contenu de l'activité exercée, ou à adopter des pratiques qui empêchent ou entravent le recours à un autre fournisseur pour le même service, notamment par l'application de conditions unilatérales ou de coûts supplémentaires non prévus dans les accords contractuels ou les licences existantes.”

6. Luxembourg

6.1. Contrats réglementés

6.1.1 Contrat d'agence commerciale

Le Luxembourg ne dispose pas de législation nationale régulant spécifiquement les divers modes de distribution telle que les concessions, les commissions ou la franchise.

Seul le contrat d'agence commerciale est réglementé par la loi du 3 juin 1994 portant organisation des relations entre les agents commerciaux indépendants et leur commettant et portant transposition de la directive du 18 décembre 1986.

Cette loi est proche de la transposition belge. Elle prévoit un délai de préavis de 1 mois par année d'ancienneté avec un maximum de 6 mois pour la résiliation des contrats à durée indéterminée (article 17) et une indemnité d'éviction de 12 mois maximum.

6.2. Réglementations sectorielles

6.2.1 Automobile

Loi du 24 juillet 2014 relative aux règles spécifiques s'appliquant aux accords verticaux de distribution dans le secteur automobile.

Cette loi reproduit les dispositifs de protection qui existaient dans les anciens règlements d'exemption verticaux applicables au secteur automobile, en particulier l'obligation de notifier un préavis de 2 mois en cas de résiliation d'un contrat à durée indéterminée avec faculté de ramener ce préavis à 12 mois en cas de restructuration du réseau. Les contrats à durée déterminée prévoyant une faculté de reconduction doivent faire l'objet d'un préavis de non-renouvellement de 6 mois minimum.

La résiliation doit par ailleurs être faite par écrit en justifiant les raisons objectives et transparentes la décision.

En cas de résiliation, le fournisseur doit racheter au distributeur, si celui-ci le lui demande, le stock de marchandises que le distributeur était obligé d'acquérir dans le cadre de l'accord.

Le distributeur peut demander le remboursement des investissements qui lui ont été imposés dans la mesure où ils ne sont pas encore amortis ou réutilisables. Ce droit est cependant exclu dans l'hypothèse d'une résiliation sans motif par le distributeur, d'une résiliation pour motif légitime par le fournisseur ou en cas de cession des droits et obligations découlant de l'accord à un tiers. Ces hypothèses sont similaires à celles que l'on retrouve pour exclure l'octroi de l'indemnité d'éviction dans le contrat d'agence.

6.3. Règles d'application générale

6.3.1 Information précontractuelle

Le Luxembourg ne comporte pas de dispositions spécifiques sur l'information précontractuelle en dehors des principes de droit commun sanctionnés en jurisprudence.

L'obligation précontractuelle de renseignement assure l'intégrité du consentement et elle est sanctionnée par la nullité du contrat pour réticence dolosive et/ou la responsabilité délictuelle, voire quasi-délictuelle du trompeur⁵⁷.

⁵⁷ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, n° 132709 du 11 mai 2012, Fiche JUDOC 100000139.

6.3.2 Fin de contrat

Ce sont également les principes de droit commun qui régissent les modalités et les conséquences d'une résiliation unilatérale sur la base des articles 1134, al. 2 et 1135 du Code civil :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ». (art. 1134)

« Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (art. 1135).

Sur la base de ces dispositions, la jurisprudence reprend le principe de délai raisonnable dans le cadre des contrats de concession à durée indéterminée.

*« Il est admis que le contrat de concession à durée indéterminée ne peut être rompu sans respect d'un délai de préavis raisonnable, hormis le cas de faute grave du concessionnaire »*⁵⁸

6.3.3 Clause de non -concurrence

Aucune disposition spécifique relative aux clauses de non-concurrence dans les relations B2B n'est prévue par le législateur luxembourgeois.

Il faut donc se baser sur les règles de concurrence de l'UE.

6.3.4 Abus de dépendance économique et clauses abusives

Il n'existe pas de dispositions particulières sur les clauses abusives et abus de dépendance économique en dehors des règles du droit de la concurrence.

7. Espagne

7.1. Contrats réglementés

7.1.1 Contrat d'agence commerciale

Le contrat d'agence est régi en Espagne par la loi 12/1992 du 27 mai 1992 sur les contrats d'agence. L'exposé des motifs de la loi indique que le code de commerce espagnol de 1885 ne réglemente aucun contrat de collaboration autre que celui de commission, conçu comme un mandat commercial. Plusieurs contrats issus de la pratique se sont développés à partir de ce tronc commun et ont dû être interprétés par la jurisprudence au cas par cas.

La transposition de la directive du 18 décembre 1986 est donc apparue comme une occasion de combler cette lacune.

La loi espagnole transpose donc la directive en prévoyant un délai de préavis d'un mois par année d'ancienneté avec un maximum de 6 mois en cas de résiliation de contrat à durée indéterminée (article 25). La loi prévoit également une indemnité d'éviction conforme à l'article 17, § 2 de la directive.

On notera également que, sauf disposition contraire, la loi espagnole permet à l'agent de travailler pour le compte de plusieurs mandants. Le consentement du commettant est cependant requis lorsque l'agent envisage la distribution de biens ou services de nature identique ou similaire à ceux qu'il distribue pour le commettant.

L'agent est également tenu de tenir une comptabilité séparée pour les opérations relatives à chacun des commettants pour lesquels il intervient (article 9.2.e).

⁵⁸ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg , n° 47940 du 16 novembre 2001.

7.1.2 Contrat de commission

Le contrat de commission est régi par le Code de commerce (articles 244 à 280) et par les règles du mandat (articles 1709 à 1739 du Code civil).

L'article 245 du Code de commerce prévoit que le commissionnaire peut agir en son nom propre ou au nom de son commettant. Aucune protection en fin de contrat n'est cependant prévue.

7.1.3 Contrat de franchise

L'article 62 la loi 7/1996 du 15 janvier 1996 sur la réglementation du commerce de détail définit le contrat de franchise comme « *une activité commerciale exercée en vertu d'un accord ou d'un contrat par lequel une entreprise, appelée franchiseur, cède à une autre entreprise, appelée franchisé, le droit d'exploiter son propre système de commercialisation de produits ou de services.* »

La même disposition impose une information précontractuelle du franchiseur au franchisé au moins 20 jours avant la signature du contrat.

Cette obligation est libellée en termes généraux et porte sur « *les informations nécessaires pour que le franchisé puisse décider librement et en toute connaissance de cause de rejoindre le réseau de franchise et, notamment, les principales données d'identification du franchiseur, une description du secteur d'activité de l'entreprise franchisée, le contenu et les caractéristiques de la franchise de son exploitation, la structure et l'extension du réseau éléments essentiel de l'accord de franchise.* »

Un décret royal 201/2010 du 26 février 2010 réglemente l'exercice de l'activité commerciale dans le cadre du système de franchise et la communication des données au registre des franchiseurs.

Il donne une définition plus exhaustive du contrat de franchise ainsi que le détail des informations précontractuelles à fournir par le franchiseur.

L'article 3 du Décret prévoit à cet égard que :

« *Au moins vingt jours ouvrés avant la signature du contrat ou de l'avant-contrat de franchise ou la remise par le futur franchisé au franchiseur de tout paiement, le franchiseur ou franchisé principal doit fournir au franchisé potentiel les informations suivantes, véridiques et non trompeuses : en cours d'écriture. :*

- a. *Données d'identification du franchiseur : nom ou raison sociale, adresse ainsi que, dans le cas d'une société commerciale, le capital social figurant au dernier bilan en précisant s'il a été entièrement libéré ou dans quelle proportion, et son immatriculation, données au registre du commerce, le cas échéant.*
- b. *S'il s'agit d'un franchisé principal, les circonstances antérieures concernant son propre franchiseur seront également incluses.*
- c. *Preuve de l'octroi, pour l'Espagne, et en vigueur, du titre de propriété ou de la licence d'utilisation de la marque et des signes distinctifs de l'entité franchisée, et de tout recours en justice déposé pouvant affecter la propriété ou l'utilisation de la marque. le cas échéant, avec expression, en tout état de cause, de la durée de la licence.*
- d. *Description générale du secteur d'activité faisant l'objet de l'activité de franchise, qui couvrira les données les plus importantes de ce secteur.*
- e. *Expérience de l'entreprise franchisée, qui comprendra, entre autres données, la date de création de l'entreprise, les principales étapes de son évolution et le développement du réseau franchisé.*
- f. *Contenu et caractéristiques de la franchise et de son fonctionnement, qui comprendront une explication générale du système commercial faisant l'objet de la franchise, les caractéristiques du savoir-faire et l'assistance commerciale ou technique permanente que le franchiseur apportera à ses franchisés, ainsi qu'une estimation des investissements et dépenses nécessaires au démarrage d'une entreprise type. Dans le cas où le franchiseur fournit au franchisé individuel potentiel des prévisions de chiffres de ventes ou de résultats d'exploitation de l'entreprise, celles-ci doivent être basées sur des expériences ou des études suffisamment étayées.*

- g. *Structure et extension du réseau en Espagne, qui comprendra la forme d'organisation du réseau de franchise et le nombre d'établissements établis en Espagne, en distinguant ceux exploités directement par le franchiseur de ceux qui opèrent sous le régime de transfert de franchise, en indiquant le ville dans laquelle ils sont situés et le nombre de franchisés qui ont cessé d'appartenir au réseau en Espagne au cours des deux dernières années, en indiquant si la résiliation est survenue en raison de l'expiration de la durée contractuelle ou en raison d'autres causes de résiliation.*
- h. Les éléments essentiels du contrat de franchise, qui comprendront les droits et obligations des parties respectives, la durée du contrat, les conditions de résiliation et, le cas échéant, de renouvellement de celui-ci, les considérations économiques, les accords exclusifs et les limitations de la libre disponibilité du franchisé de l'entreprise franchisée. »

Pour le surplus, le décret organisait un registre dans lequel les franchiseurs étaient tenus de s'enregistrer à des fins d'information et de publicité. Ces dispositions ont toutefois été abrogées par le décret royal 553/2019 du 27 septembre⁵⁹.

7.1.4 Contrat de distribution

L'Espagne ne dispose pas de réglementation spécifique sur le contrat de distribution en dépit de différents projets qui ont été envisagés en ce sens.

Le régime des contrats de distribution fait donc l'objet d'une interprétation par analogie avec les dispositions applicables à l'agence commerciale.

La loi sur l'agence commerciale a fait l'objet d'une disposition supplémentaire visant à appliquer le régime juridique du contrat d'agence au contrat de distribution de véhicules automobiles et industriels, quelle qu'en soit la dénomination.

Cette disposition⁶⁰ n'a cependant jamais été appliquée et n'est restée que peu de temps en vigueur, son application ayant été suspendue par une loi du 11 avril 2011, dans l'attente de l'entrée en vigueur d'une loi plus générale loi sur les contrats de distribution commerciale qui n'a toutefois pas encore été adoptée à l'heure actuelle.

Ses dispositions, qui devaient être impératives, prévoyaient que tout accord en vertu duquel le fournisseur se réserve unilatéralement le droit de modifier le contenu essentiel du contrat est sanctionné de nullité. Le contenu essentiel vise notamment la gamme des produits et services contractuels, le plan d'affaires du distributeur, les investissements et leur durée d'amortissement, la rémunération fixe et variable du distributeur, les prix des produits et services, les conditions générales de vente et de garantie après-vente, les opérations commerciales et les critères de sélection des distributeurs.

La loi prévoyait une protection spécifique concernant les investissements qui peuvent être imposés au distributeur et qui doivent être visés dans le contrat. Ces investissements devaient être spécifiques et nécessaires à l'exécution de la convention et doivent tenir compte de la période d'amortissement qui doit être établie pour chacun d'eux.

En cas d'obligation d'achat minimum de produits contractuels, le distributeur pouvait retourner les produits non commandés par les clients dans un délai de 60 jours à compter de leur achat.

En cas de résiliation ou d'expiration du terme contractuel, le distributeur pouvait obtenir une indemnité correspondant :

- à la valeur des investissements spécifiques restant à amortir,
- à une indemnité de clientèle ne pouvant être inférieure au montant annuel moyen des ventes du fournisseur au distributeur au cours des 5 dernières années,
- aux indemnités dues aux travailleurs licenciés en raison de la rupture du contrat de distribution.

⁵⁹ Réf. BOE-A-2019-15229.

⁶⁰ Introduite -par la loi 2/2011 du 4 mars 2011 (BOE-A-2011-4117).

Le fournisseur était en outre tenu de racheter le stock à sa valeur d'acquisition.

Ces dispositions laissent intactes la possibilité des parties de réclamer des dommages et intérêts à l'autre partie en cas de manquement au contrat.

On pointera également l'interdiction du fournisseur de s'opposer à la cession totale ou partielle du contrat de distribution à un cessionnaire s'engageant par écrit à maintenir l'organisation, la structure et les moyens de l'entreprise cédante.

7.2. Règles d'application générale

7.2.1 Fin de contrat

Les contrats de distribution sont soumis au droit commun et en particulier au droit des obligations et des contrats repris aux articles 1254 à 1314 du Code civil et aux articles 50 à 63 du Code de commerce reprenant les dispositions générales sur les contrats commerciaux.

En vertu de l'article 4 du Code civil, les règles de droit peuvent être appliquées par analogie lorsqu'elles ne prévoient pas un cas spécifique mais régissent un cas similaire, ce qui explique donc que la réglementation du contrat d'agence pourra s'appliquer par analogie au contrat de distribution générale.

La Cour de cassation a ainsi appliqué à plusieurs reprises les indemnisations prévues dans le contrat d'agence aux contrats de distribution automobiles.

7.2.2 Information précontractuelle

Il n'existe pas de dispositions spécifiques en ce qui concerne l'information précontractuelle, ni en ce qui concerne les clauses de non-concurrence en dehors des règles classiques du droit de la concurrence.

7.2.3 Abus de droit

Tant le droit civil (article 7 du Code civil) que le droit commercial (art. 57 du Code de commerce) imposent le respect de l'exécution de bonne foi des conventions et interdisent l'abus de droit.

8. Portugal

8.1. Contrats réglementés

8.1.1 Contrat d'agence commerciale

Parmi les différents contrats utilisés en distribution commerciale (agence, concession, franchise, commissions et mandat), seul le contrat d'agence fait l'objet d'une réglementation particulière résultant de la transposition de la directive de 1986.

L'exposé des motifs précédant le Décret-loi 178/86 du 3 juillet 1986 réglementant le contrat d'agence ou de représentation commerciale mentionne la nécessité d'une grande liberté contractuelle pour s'adapter à des besoins pratiques en constante évolution.

Le législateur a cependant considéré que cette liberté contractuelle était à l'origine de certaines difficultés qui rendaient souhaitable l'intervention du législateur. Le contrat d'agence représente un saut qualitatif au regard des anciennes pratiques, souvent fondées sur le contrat de commission.

L'exposé des motifs indique également que le contrat de concession demeure un contrat innomé, mais souligne la nécessité de lui appliquer par analogie le régime de l'agence commerciale, notamment en ce qui concerne la résiliation du contrat.

La loi transpose les dispositions de la directive en y ajoutant quelques points spécifiques tels que la ratification des contrats conclus sans pouvoir par l'agent à défaut d'opposition notifiée au tiers dans les 5 jours de la connaissance qu'en a eu le commettant (article 22) ou l'obligation de prévoir une compensation en faveur de l'agent si le contrat contient une obligation de non-concurrence

après la fin du contrat, sans toutefois en préciser le montant ni la méthode de calcul qui en permettrait la détermination (article 13.g). Il est alors faite une application analogique de l'article 15 qui, en l'absence d'accord des parties, détermine la rémunération de l'agent par référence aux usages ou, à défaut, à l'équité. L'indemnité due à l'agent tenu par une obligation de non-concurrence sera dès lors également calculée en équité, suivant les règles du droit commun des obligations (cf. article 400 du code civil).

L'article 28 prévoit une durée de préavis de 1, 2 ou 3 mois selon l'ancienneté du contrat. Indépendamment de l'indemnité compensatoire de préavis, chaque partie peut demander un dédommagement en cas de manquement contractuel ou en cas de résiliation pour faute grave. Dans cette dernière hypothèse, l'indemnisation est fixée en équité (article 32).

L'article 33 prévoit la fixation d'une indemnité d'éviction selon les modalités prévues par l'article 17, § 2 de la directive.

8.2. Réglementations sectorielles

Des réglementations sectorielles sont prévues en matière d'assurances, de distribution de produits bancaires, ou de produits pharmaceutiques. Il n'y a pas de dispositions spécifiques dans le secteur automobile.

8.3. Règles d'application générale

8.3.1 Information précontractuelle

L'article 227 du Code civil sanctionne le non-respect du principe de bonne foi dans la formation des contrats :

“1. Celui qui négocie avec autrui pour conclure un contrat doit, tant au stade préliminaire que lors de sa formation, procéder conformément aux règles de la bonne foi, sous peine d'être responsable des dommages qu'il cause à l'autre partie par négligence. “

8.3.2 Clauses de non-concurrence

Les clauses d'indemnité et de non-concurrence ne sont régies que dans la loi relative à l'agence.

En dehors de cette loi, le droit commun consacre le principe de liberté contractuelle (article 405 du Code civil). Les clauses de non-concurrence sont donc autorisées dans les limites de l'interdiction de la concurrence déloyale (art. 311 du Code de la propriété industrielle) et du droit de la concurrence.

Les principes de droit commun ont donc une importance déterminante dans l'appréciation des contrats et de leur exécution.

9. Autriche

9.1. Contrats réglementés

9.1.1 Contrat d'agence commerciale

L'Autriche ne dispose pas d'une réglementation systématique du droit de la distribution.

Le contrat d'agence commerciale est régi par la loi fédérale sur les agents commerciaux (*Handelsvertretergesetz*) transposant la directive européenne.

La loi prévoit l'octroi d'un préavis de rupture des contrats à durée indéterminée s'élevant à un mois par année d'ancienneté avec un maximum de 6 mois. En cas de cessation de la relation contractuelle l'agent est fondé à obtenir une indemnité d'éviction conforme à l'article 17, § 2 de la directive.

La loi comporte un certain nombre de dispositions complémentaires par rapport à la directive. Les transactions commerciales conclues par l'agent qui n'en avait pas le pouvoir engage le commettant si celui-ci n'a pas notifié son refus de l'opération au tiers après en avoir eu connaissance. Vis-à-vis du tiers, les limitations de pouvoir de l'agent commercial ne lui sont opposables que s'il en avait ou devait en avoir connaissance (article 3).

L'article 7 de la loi interdit à l'agent commercial d'accepter un avantage de la part du tiers contractant avec lequel il conclut une affaire pour le commettant. Le commettant peut exiger la restitution de ces avantages qui auraient été perçus par l'agent ainsi que l'éventuelle réparation de son préjudice. Ce comportement est en outre susceptible de constituer une faute grave justifiant la résolution du contrat avec effet immédiat.

Une disposition intéressante reprise à l'article 12 prévoit une indemnité équitable en faveur de l'agent lorsque celui-ci est empêché de percevoir les avantages et commissions contractuellement convenus en raison de l'attitude du commettant.

L'article 14 prévoit que l'agent peut demander une avance sur les décomptes périodiques de frais et de commissions devant être adressés, au plus tard, le dernier jour du mois suivant le trimestre au cours duquel le droit à la commission est né.

L'article 22 permet une résiliation immédiate pour motif grave. La loi prévoit différentes hypothèses constituant un motif grave (incapacité d'exercer l'activité, perception par l'agent d'un avantage prohibé (article 7), inexécution contractuelle, voies de fait ou atteinte à l'honneur, ...)

L'article 25 interdit les clauses de non-concurrence post-contractuelles sous peine de nullité.

Enfin, la loi comprend certaines dispositions particulières applicables à la distribution de produits d'assurance (article 26b à 26d).

9.1.2 Contrat de commission

Le contrat de commission est réglementé aux articles 383 et suivants du Code civil.

L'article 383 distingue le commissionnaire chargé d'acheter ou vendre, en son propre nom, des marchandises ou des titres pour le compte du commettant de l'agent en commission qui est chargé en permanence par un commettant d'effectuer des opérations en commission.

L'article 383, § 2 stipule que les dispositions relatives aux opérations en commission s'appliquent aux relations entre l'agent en commission et les clients, mais que les relations entre les agents en commission et les commettants sont régies par la loi sur les agents commerciaux.

En d'autres termes, le commissionnaire agissant pour compte de son commettant dans le cadre d'une relation stable et permanente bénéficie des protections garanties à l'agent commercial.

Il s'agit donc d'un mécanisme proche du mécanisme de droit allemand.

9.2. Réglementations sectorielles

9.2.1 Assurances

Comme indiqué ci-dessus, la loi sur les agents commerciaux comporte des dispositions spécifiques applicables aux intermédiaires d'assurances.

L'article 26b déroge au principe de la rémunération de l'agent pour les affaires conclues dans le secteur géographique ou le groupe de personnes dont il est chargé, y compris lorsqu'il a été désigné à titre exclusif.

La naissance du droit à la commission déroge également au droit commun de l'article 9 et est subordonnée au paiement de la prime par le preneur d'assurance.

L'article 26c, § 1 prévoit que, postérieurement à la cessation de son contrat, l'agent d'assurances peut continuer à percevoir les commissions relatives aux contrats d'assurance qu'il a négociés pour compte du commettant si et dans la mesure où le preneur d'assurance continue à payer ses primes à l'assureur.

Il est également fondé à percevoir 50 % de la commission de suivi correspondant à la gestion des contrats en portefeuille (art. 26c, § 1bis). Ces commissions de suivi doivent faire l'objet de stipulations contractuelles entre les parties.

L'indemnité d'éviction pour apport de clientèle n'est due à l'agent en assurance que dans la mesure où il ne bénéficie pas des droits prévus par l'article 26c § 1.

9.2.2 Automobile

Le législateur autrichien a prévu des dispositions de protection spécifiques pour le secteur automobile dans la loi sur la protection du secteur automobile (Kraftfahrzeugsektor-Schutzgesetz - KartG), qui concernent à la fois le contrat en cours et la résiliation du contrat.

La résiliation d'un accord de distribution automobile de durée indéterminée ne peut être faite que par écrit et moyennant un préavis de 2 ans pouvant être ramené à un an en cas de restructuration du réseau. Ceci ne porte pas atteinte à la possibilité de résilier avec effet immédiat en cas de manquement grave ou de circonstances particulières.

En cas de résiliation de l'accord de distribution, le distributeur a le droit de revendre au fournisseur les produits contractuels au prix d'achat net sous déduction d'une décote pour usure et en tenant compte de la valeur marchande des biens.

Le distributeur dont le contrat est résilié peut céder les droits et obligations découlant de son contrat à un autre membre du réseau de distribution à moins que le concédant n'ait de justes motifs pour s'y opposer.

Les litiges entre les parties sont soumis à un mécanisme de règlement amiable qui renvoie aux dispositions du code de procédure civile autrichien ou, alternativement, à la médiation en cas d'accord des parties.

9.3. Règles d'application générale

L'article 454 du Code des entreprises contient une règle générale applicable à tous les accords verticaux, aux termes de laquelle :

« Un entrepreneur qui participe à un système vertical de distribution en tant que distributeur ou en tant qu'agent commercial indépendant a droit, à la fin de la relation contractuelle avec le fournisseur, au remboursement des investissements qu'il était tenu d'effectuer en vertu du contrat de distribution liée pour une distribution uniforme, dans la mesure où ils ne sont ni amortis ni raisonnablement utilisables à la fin du contrat.

Le droit n'existe pas si :

- a) le distributeur a résilié le contrat ou y a mis fin de manière anticipée, à moins qu'il n'existe un motif grave imputable au fournisseur,
- b) le fournisseur a résilié ou a mis fin prématurément à la relation contractuelle pour un motif grave imputable au distributeur;
le distributeur, conformément à un accord conclu avec le fournisseur, cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat.

Le distributeur perd son droit s'il n'a pas notifié au fournisseur, dans un délai d'un an à compter de la fin de la relation contractuelle, qu'il fait valoir ses droits.

Les droits visés au paragraphe 1 ne peuvent être ni supprimés ni limités par accord préalable au détriment du distributeur.

Cette disposition n'affecte pas le droit à compensation prévu à l'article 24 de la HVertrG. ».

9.4. Protection anti-abus

Le droit de la concurrence sanctionne les pratiques abusives en cas d'abus de position dominante. Mais l'application de ces sanctions dépend d'une affectation de la concurrence sur le marché et ne régissent pas à proprement parler la relation contractuelle bipartite.

10. Hongrie

10.1. Contrats réglementés

10.1.1 Contrat d'agence commerciale

La loi CXVII de 2000 sur le contrat d'agence commerciale indépendante a transposé la directive européenne et s'applique à la distribution de marchandises, mais aussi à des contrats de service, de valeurs patrimoniales, de titres ou aux opérations boursières, sauf disposition contraire d'une loi distincte.

Les questions non régies par la loi sont soumises à l'application des dispositions de droit commun du Code civil, notamment en ce qui concerne les conséquences de la résiliation du contrat pour faute grave (art. 17), et à l'interdiction des comportements déloyaux et aux accords restrictifs de concurrence (loi LVII de 1996).

L'agent commercial qui est habilité à conclure un contrat au nom de son commettant doit être également habilité à recevoir le paiement du tiers contractant et ses éventuelles réclamations. Le contrat peut alors prévoir une commission d'encaissement spécial en faveur de l'agent (art. 11, § 1). Il peut également se voir contractuellement accorder une commission de *ducroire* lorsqu'il garantit l'exécution des obligations du tiers en vertu du contrat.

La limitation des pouvoirs de représentation de l'agent n'est opposable au tiers que si elle lui a été notifiée. Lorsque le rôle de l'agent se limite à la négociation des affaires à conclure, celui-ci est sans pouvoir de représentation et les déclarations que lui adressent les tiers ne sont pas opposables au commettant.

La validité du contrat exige qu'il soit établi par écrit (art. 4).

L'article 16 permet la résiliation des contrats à durée indéterminée moyennant un préavis d'un mois par année d'ancienneté avec un maximum de 3 mois, conformément à l'article 15, § 2 de la directive.

L'agent est fondé à obtenir une indemnité d'éviction en cas d'accroissement de la clientèle, conformément à l'article 17, § 2 de la directive. Cette disposition est impérative et ne peut pas faire l'objet d'un accord qui y dérogerait avant la fin du contrat. Si, postérieurement à la fin du contrat, un tel accord devait être conclu, les parties ne pourraient le remettre en cause s'ils ont commis une erreur d'appréciation sur les avantages substantiels dont bénéficie le commettant (art. 21).

Les clauses de non-concurrence sont autorisées pour une période de maximum 2 ans après la fin du contrat. Elles doivent être rédigées par écrit et doivent faire l'objet d'une rémunération distincte en faveur de l'agent. La jurisprudence sur le sujet n'est pas claire. En pratique, les parties semblent s'inspirer du droit du travail selon lequel le niveau minimum de la rémunération est de 1/3 du revenu annuel moyen de la dernière année précédant la résiliation du contrat. Dans le cas des contrats d'agence, en raison de la plus grande volatilité des revenus, la moyenne des 3 dernières années semble appliquée en pratique.

L'agent qui résilie le contrat avec effet immédiat en raison d'un manquement grave du commettant peut également résilier l'accord de non-concurrence par écrit dans un délai d'un mois à compter de la résiliation.

10.1.2 Contrat de distribution

Le Code civil comporte des dispositions relatives au contrat de distribution.

L'article 6 :372 le définit comme un contrat en vertu duquel le fournisseur vend certains biens mobiliers au distributeur qui les revend en son propre nom et pour son propre compte. Le régime du contrat de distribution a cependant été étendu en ce qui concerne la prestation de services (art. 6 :375)

Pour le surplus, la loi prévoit que les parties doivent protéger la réputation des produits et que le fournisseur devra informer le distributeur des publicités relatives aux produits qu'il devra lui transférer moyennant rémunération.

Le fournisseur a le droit de donner des instructions concernant la distribution appropriée du produit. Le distributeur devra s'y conformer. Il aura cependant la faculté d'informer le fournisseur du caractère inadéquat ou inapproprié des instructions et le fournisseur sera responsable des dommages qui résulteraient de ces instructions s'il insiste pour qu'elles soient respectées.

Aucune indemnisation n'est cependant prévue en fin de contrat.

10.1.3 Contrat de franchise

Le Code civil contient également des dispositions relatives au contrat de franchise défini comme celui par lequel le franchiseur accorde au franchisé une autorisation d'exploiter une formule protégée par le droit d'auteur ou la propriété industrielle, ou constituant un savoir-faire. Le franchisé est alors tenu de fabriquer et de vendre les produits, ou de fournir les services, en utilisant cette formule moyennant le paiement d'une redevance au franchiseur.

Le franchisé agit en son propre nom et pour son propre compte

Les parties sont tenues de protéger la bonne réputation du réseau.

Le franchiseur a le droit de donner des instructions en ce qui concerne la production et la vente des produits ainsi que les prestations de services.

Comme le distributeur, le franchisé peut également avertir le franchiseur s'il estime que ces instructions sont inappropriées ou non professionnelles.

Les modalités de résiliation du contrat conclu pour une durée indéterminée sont similaires au régime de l'agence commerciale : un mois par année d'ancienneté avec un maximum de 3 mois.

Cette réglementation ne contient pas d'obligation en matière d'information précontractuelle.

10.2. Règles d'application générale

Les principes généraux du droit des obligations sont d'application, mais aucune disposition particulière ne régit spécifiquement les clauses de non-concurrence ou l'obligation d'information précontractuelle en dehors des textes consacrés aux contrats spéciaux décrits ci-dessus.

L'article 21 de la loi LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et de la concurrence déloyale dispose que :

« Il est interdit d'abuser d'une position dominante, en particulier :

a) de fixer des prix d'achat ou de vente de manière déloyale dans les relations commerciales, y compris lorsque les conditions générales du contrat sont appliquées, ou de stipuler des avantages injustifiés par tout autre moyen, ou d'imposer à l'autre partie l'acceptation de conditions préjudiciables ;

b) de restreindre la production, la distribution ou le développement technique au détriment des consommateurs ;

c) de refuser d'établir ou d'entretenir des relations commerciales adaptées à la nature de la transaction sans aucune justification ;

d) influencer les décisions commerciales de l'autre partie dans le but d'obtenir des avantages injustifiés ;

e) retirer des marchandises de la circulation générale ou retenir des marchandises sans justification avant des augmentations de prix ou dans le but de provoquer une hausse des prix, ou par d'autres moyens permettant d'obtenir des avantages injustifiés ou de causer un désavantage dans la concurrence ;

f) de subordonner la fourniture et l'acceptation de marchandises à la fourniture ou à l'acceptation d'autres marchandises, ou de subordonner la conclusion d'un contrat à la prise

d'un engagement qui, en raison de sa nature ou au regard des pratiques contractuelles habituelles, ne fait pas partie de l'objet du contrat ;

g) dans le cadre de transactions de valeur identique ou de même nature, de discriminer certains partenaires commerciaux sans raison valable, y compris en fixant des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou d'achat discriminatoires ou en employant des méthodes qui désavantagent certains partenaires commerciaux dans la concurrence ;

h) forcer les concurrents à quitter le marché concerné ou pratiquer des prix excessivement bas qui ne sont pas fondés sur une meilleure efficacité par rapport à celle des concurrents, de manière à empêcher les concurrents d'entrer sur le marché ;

i) empêcher les concurrents d'entrer sur le marché de toute autre manière injuste ; ou

j) créer un environnement de marché qui soit déraisonnablement désavantageux pour les concurrents ou influencer leurs décisions commerciales dans le but d'en tirer des avantages injustifiés. »

11. Finlande

11.1. Contrats réglementés

La Finlande ne réglemente que le contrat d'agence. Les contrats de franchise et de distribution ne sont pas réglementés et le droit finlandais repose en grande partie sur la liberté contractuelle soumise au droit général des contrats

11.2. Contrat d'agence commerciale

La directive du 18 décembre 1986 a été transposée dans la loi sur les agents commerciaux et les représentants de commerce (417/1992). La loi comporte les règles issues de la directive, mais également différentes dispositions régissant les rapports commerciaux entre l'agent, le commettant et le tiers. Elle reprend à ce titre l'obligation de l'agent de respecter le secret des affaires (art. 7), le principe de la responsabilité contractuelle en cas de faute dans l'exécution du contrat (art. 9), et le régime des pouvoirs de représentation de l'agent lorsqu'il est mandaté pour conclure les opérations qu'il négocie pour compte du commettant (art. 32 à 37). La loi reprend également, dans un chapitre distinct, le régime applicable aux représentant de commerce salariés.

L'agent peut représenter différents commettants, à moins que cela ne soit incompatible avec son obligation de veiller de bonne foi aux intérêts du commettant.

L'agent a droit à une commission d'encaissement lorsqu'il est chargé du recouvrement auprès des tiers (art. 16) et à une commission de ducroire lorsqu'il s'en porte garant (art. 17).

L'agent a un droit de rétention portant sur les échantillons, modèles et documents du commettant et sur les fonds perçus auprès des tiers lorsque le recouvrement des créances qu'il détient à l'égard du commettant est compromis.

Les contrats à durée indéterminée peuvent être résiliés moyennant un préavis d'un mois par année d'ancienneté avec un maximum de 6 mois. Le contrat peut toutefois prévoir que le délai à respecter par l'agent est de 3 mois, même lorsque le contrat est en vigueur depuis plus de trois ans.

L'article 25 de la loi permet la résiliation de la convention avec effet immédiat pour une raison importante. Une omission ou un acte d'une partie qui rendrait déraisonnable d'exiger de l'autre partie qu'elle poursuive la relation contractuelle est réputé constituer un tel motif.

Il en va de même, sauf clause contraire, dans les hypothèses suivantes (art. 25, § 2) :

- Lorsqu'une partie a trompé l'autre sur un point essentiel au moment de la conclusion du contrat,
- Une partie refuse d'accéder à la demande de la partie de conclure le contrat par écrit,
- Une partie est coupable d'une action par laquelle elle a gravement violé les intérêts de l'autre partie ou qui entraîne une perte justifiée de sa confiance dans l'autre partie,

- Une partie a manqué, sur un point essentiel, aux obligations qui lui incombent en vertu du contrat.

Ce droit doit toutefois être exercé dans un délai raisonnable à compter de la connaissance du motif invoqué.

En l'absence de telles circonstances, une partie peut toujours mettre fin prématurément au contrat, mais elle est tenue d'indemniser l'autre partie du préjudice subi de ce fait (art. 26). De la même manière, la partie qui a été amenée à rompre le contrat en raison de faits imputables à l'autre partie pourra également lui réclamer des dommages et intérêts.

L'article 28 de la loi prévoit en outre une indemnité d'éviction d'un an maximum en cas de développement sensible de la clientèle, conformément à l'article 17, § 2 de la directive.

L'agent se voit également imposer une obligation de limiter le dommage du commettant en cas de résiliation du contrat, notamment en cas de faillite du commettant, jusqu'à ce qu'un mandataire (tel qu'un curateur ou liquidateur) puisse veiller à ses intérêts (art. 30).

La clause de non-concurrence est autorisée mais ne peut s'étendre au-delà de 2 ans après la cessation de la convention.

11.3. Réglementations sectorielles

Des réglementations sectorielles sont prévues en matière d'assurances, de produits bancaires, ou de produits pharmaceutiques. Ces réglementations concernent la spécificité des produits ou services et les protections du marché ou du consommateur sans concerner directement le droit de la distribution en tant que tel.

11.4. Règles d'application générale

Les contrats de distribution, et également l'agence, sont soumis au droit commun des contrats régi par la loi 228/1929 sur les contrats.

Cette loi reprend les règles usuelles du droit des obligations contractuelles.

Elle comprend une disposition régissant les clauses abusives libellée comme suit :

“1. Si une clause contractuelle est abusive ou si son application aboutirait à un résultat abusif, cette clause peut être adaptée ou annulée. Pour déterminer ce qui est abusif, il convient de tenir compte de l'ensemble du contenu du contrat, des positions des parties, des circonstances prévalant lors de la conclusion du contrat et après celle-ci, ainsi que d'autres facteurs.

2. Si une clause visée au paragraphe 1 est telle qu'il serait inéquitable d'exécuter le reste du contrat après l'adaptation de la clause, le reste du contrat peut également être adapté ou déclaré résilié.

3. Une disposition relative au montant de la contrepartie est également considérée comme une clause du contrat.”

L'information précontractuelle ne fait pas l'objet de règles particulières dans les contrats de collaboration commerciale. Seules les informations visant les consommateurs sont régies par différents textes⁶¹ qui ne concernent pas le droit de la distribution.

⁶¹ Loi sur la protection des consommateurs (38/1978), en particulier l'article 8 a du chapitre 2; loi sur la vente de marchandises (355/1987); loi sur les contrats (228/1929).

12. Irlande

12.1. Contrats réglementés

12.1.1 Contrat d'agence commerciale

Les lois de 1994 et 1997 sur l'agence commerciale (the Commercial Agents Regulations) transposent la directive européenne en l'incorporant purement et simplement en droit national.

La loi de 1994 se limite donc à rappeler la définition de l'agent commercial et exclut du champ d'application de la loi les mandataires de sociétés et leurs associés, les agents non rémunérés et les agents en bourse ou opérant sur les marchés de matières premières.

En application de l'article 7, § 2 de la directive, un agent commercial n'a droit à une commission sur les transactions commerciales conclues pendant la période couverte par le contrat d'agence que lorsque l'agent dispose d'un droit exclusif sur une zone géographique ou un groupe déterminé de clients et où la transaction a été conclue avec un client appartenant à ce domaine ou à ce groupe.

Le contrat n'est valable que s'il fait est constaté par écrit.

La loi de 1997 (introduite à la suite d'une procédure en manquement par la Commission) confirme que l'agent commercial aura, après la résiliation de son contrat, le droit d'être indemnisé pour les dommages conformément à l'article 17, § 3 de la directive.

La loi ne définit pas les modalités de calcul de cette indemnité et la jurisprudence irlandaise tend à se référer à un précédent de droit anglais (*Lonsdale (trading as Lonsdale Agencies) v Howard & Hallam Ltd*) en vertu duquel l'indemnité doit correspondre à la valeur du contrat d'agence au moment de sa cessation.

L'agent doit rendre compte des bénéfices et profits perçus en sa qualité d'agent et les transférer au commettant en vertu des principes d'équité (principles of equity - (*Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 46) et de la loi pénale sur la corruption (Criminal Justice (Corruption Offences) Act 2018).

12.2. Règles d'application générale

En droit irlandais, les contrats de distribution autres que les contrats d'agence ne sont pas spécifiquement réglementés par une législation distincte.

Cependant, certaines lois générales relatives aux contrats, à la concurrence et à la protection des consommateurs peuvent s'appliquer.

La jurisprudence joue également un rôle important et a par exemple décidé que, conformément aux principes généraux du droit des contrats, chaque partie a l'obligation de divulguer toutes les informations pertinentes susceptibles d'influencer la décision de l'autre partie de conclure le contrat.

En matière de contrat de franchise, il a également été décidé que le franchiseur a l'obligation de fournir au franchisé des informations complètes et précises sur le système de franchise, les coûts associés, les performances passées et toute restriction contractuelle, afin de garantir une relation de franchise équitable et transparente.

Quant aux clauses de non-concurrence, elles peuvent être soumises à des restrictions en matière de concurrence si elles sont considérées comme excessives ou contraires à l'intérêt public.

Il n'existe pas de durée spécifique préétablie pour les clauses de non-concurrence après la fin d'un contrat de distribution. La validité et l'applicabilité de telles clauses dépendent plutôt des circonstances spécifiques de chaque contrat, ainsi que des lois sur la concurrence et des principes généraux du droit des contrats.

Cependant, les tribunaux irlandais examineront la clause de non-concurrence post-contractuelle pour déterminer si elle est raisonnable et justifiée dans les circonstances. Ils prendront en compte

des facteurs tels que la durée de la clause, la portée géographique de la restriction et la nécessité commerciale de protéger les intérêts légitimes de la partie qui cherche à imposer la clause.

Dans le contexte des contrats de franchise, une clause de non-concurrence post-contractuelle pourrait être considérée comme valide si elle est raisonnablement limitée dans le temps et dans l'espace, et si elle est nécessaire pour protéger les secrets commerciaux, les informations confidentielles ou l'image de marque du franchiseur.

E. Conclusions

1. Constat de la diversité des approches nationales

La comparaison des systèmes juridiques faisant l'objet de l'étude des démontre, d'une part, que les divers droits nationaux de l'Union européenne n'appréhendent pas la distribution commerciale de façon harmonieuse et, d'autre part, que les législations existantes ne réglementent pas le droit de la distribution en général mais régissent parfois, en particulier, tel ou tel type de contrat, sans approche réellement transversale si ce n'est par le biais de dispositions générales du droit civil ou commercial, applicables à tous types de contrat et pas uniquement aux contrats de distribution commerciale.

Nous pouvons, en résumé, relever que :

- Le contrat de concession ou les conséquences de sa résiliation ne fait l'objet d'une réglementation spécifique qu'en Belgique;
- La France protège les distributeurs par le biais d'une disposition d'application générale prévoyant un préavis tenant compte notamment de la durée des relations commerciales établies ;
- L'Autriche, l'Italie et le Grand-duché de Luxembourg ont adopté une législation particulière ne visant que les contrats de distribution automobile ;
- Le contrat de concession se voit appliquer par analogie les règles du contrat d'agence en Italie, en Allemagne et au Portugal,
- Le contrat de commission ne fait clairement l'objet d'une protection particulière qu'en Allemagne et en Autriche ;
- Le contrat de franchise ne fait l'objet d'une réglementation particulière qu'aux Pays-Bas, en Italie, en Espagne et, dans une moindre mesure, en Hongrie. En dehors de la Hongrie, ces pays visent dans ces mêmes lois la question de l'information précontractuelle ;
- Outre ces trois pays, l'information précontractuelle, pour les accords de franchise ou des contrats s'en rapprochant, ne fait l'objet d'une législation particulière qu'en Belgique et en France ;
- Seules la Belgique, la France et l'Allemagne ont adopté des dispositions particulières sanctionnant certains types de clauses abusives même si l'interdiction de comportements abusifs se retrouve dans chaque pays en termes plus généraux ou sont sanctionnées au travers de la réglementation des pratiques déloyales, comme en Hongrie;
- La protection contre l'abus de dépendance économique ne fait l'objet d'une législation particulière qu'en Belgique, en France, en Allemagne et en Italie.

Ceci signifie donc que, dans la plupart des pays examinés, la question de l'information précontractuelle n'est pas envisagée, que le distributeur dont l'activité s'exercerait en dehors d'un contrat d'agence ne bénéficie d'aucune protection en fin de contrat ou que d'une protection très faible résultant des principes de droit commun ou d'une application par analogie du régime de l'agence, au demeurant malaisée dès lors que tout le contenu de la loi sur le contrat d'agence ne peut être transposé tel quel à un contrat de distribution, et qu'il n'existe aucune interdiction spécifique de clauses abusives ou de protection contre l'abus de dépendance économique.

Si l'on considère que, dans un contrat de distribution, c'est le distributeur qui sera généralement la partie économiquement la plus faible, cette disparité de protection ne peut donc se faire qu'à son détriment avec un risque évident de « forum shopping » et de choix par le contractant « le plus fort » d'imposer les conditions contractuelles à son cocontractant du choix de la loi la plus favorable. C'est du reste ce qui avait, pour l'agent, motivé l'adoption de la directive du 18 décembre 1986.

2. Influence du droit international privé

Ce risque est d'autant plus évident depuis que les différentes conventions européennes en matière de détermination de la loi applicable et du choix de juridiction compétente privilégient l'autonomie de la volonté des parties et que les possibilités d'écarter ce choix en raison du fait qu'une législation nationale, éventuellement considérée dans le pays d'origine comme impérative car dictée par le souci de protéger tel ou tel mode de distribution, sont devenues quasi inexistantes en raison de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice.

On peut donner ici l'exemple, en droit belge, de l'ancienne loi du 27 juillet 1961 sur la résiliation unilatérale des contrats de concession de vente exclusive à durée indéterminée⁶².

Les travaux préparatoires de cette loi montrent très clairement que l'intention du législateur était de protéger les concessionnaires belges contre le risque de résiliation rapide de leur contrat alors que ceux-ci auraient fait l'effort d'introduire sur le marché des produits qui ne l'étaient pas jusque-là.

Dans le cas où le concédant était situé dans un autre pays de l'Union européenne que la Belgique et que le contrat était soumis à un droit étranger et que tout litige était lui aussi soumis à la compétence d'un juge étranger, l'ancienne convention de Rome sur la loi applicable permettait encore aux concessionnaires belges de soutenir que, nonobstant ce choix, le juge étranger était tenu d'appliquer la loi belge du 27 juillet 1961 en raison de son caractère impératif.

La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles prévoyait en effet que « *Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées « dispositions impératives».*

Son article 7 précisait quant à lui que « *Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application* » et que « *Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat* ».

Cependant le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)⁶³ a modifié la situation. Son article 2 autorise toujours les parties à déterminer librement le droit qui sera applicable à leur contrat même si le droit ainsi choisi ne présente strictement aucun lien ni avec le pays dans lequel est située une des deux parties ni avec le pays dans lequel le contrat sera exécuté⁶⁴.

Les réserves résultant des articles 3 et 4 du Règlement prévoient désormais respectivement que « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord* » et que « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas*

⁶² Aujourd'hui articles X.35 et svts du C.D.E.

⁶³ JO L 177 du 4.7.2008, p. 6-16.

⁶⁴ Article 2 du Règlement.

atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for ».

Son article 7 donne une autre définition des lois de police en précisant que :

« 1. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement.

2. Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi.

3. Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application. »

Dès lors qu'une loi de police ne pourrait être déclarée applicable que si elle rendait l'exécution du contrat illégale, il en résulte quasi inéluctablement que, si l'on prend à nouveau l'exemple de la loi belge du 27 juillet 1961, celle-ci ne pourrait plus être considérée comme une loi de police permettant d'écarter le choix de la loi étrangère opérée par les parties.

Son article 21 énonce encore que : « L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for. »

Par son arrêt Unamar du 17 octobre 2013⁶⁵, la Cour de Justice a en outre précisé que la notion de loi de police devait être interprétée restrictivement. S'agissant d'un litige relatif à la résiliation d'un contrat d'agence et alors que c'était encore la convention de Rome qui était applicable, la Cour en effet considéré que : « ...il convient de répondre à la question posée que les articles 3 et 7, 2., de la Convention de Rome doivent être interprétés en ce sens que la loi d'un Etat membre de l'Union qui satisfait à la protection minimale prescrite par la directive n° 86/653, choisie par les parties à un contrat d'agence commerciale, peut être écartée par la juridiction saisie, établie dans un autre Etat membre, en faveur de la lex fori pour un motif tiré du caractère impératif, dans l'ordre juridique de ce dernier Etat membre, des règles régissant la situation des agents commerciaux indépendants uniquement si la juridiction saisie constate de façon circonstanciée que, dans le cadre de cette transposition, le législateur de l'Etat du for a jugé crucial, au sein de l'ordre juridique concerné, d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par ladite directive, en tenant compte à cet égard de la nature et de l'objet de telles dispositions impératives ».

En Belgique, la Cour de cassation a ainsi récemment opéré un important revirement de jurisprudence dans un arrêt du 7 avril 2023⁶⁶ en mettant fin à la condition d'application du droit belge par les arbitres en tant que critère d'arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation des contrats de concession de vente exclusive.

On peut donc considérer qu'il résulte de cette évolution qu'il sera désormais très difficile, sinon impossible, d'écarter le choix d'un droit étranger en matière de contrat de distribution commerciale.

Il nous semble d'ailleurs que les principes retenus par cet arrêt de la Cour de justice pourraient également conduire à la possibilité d'écarter non seulement les dispositions nationales éventuellement relatives aux obligations à respecter par le fabricant ou le fournisseur en cours de contrat ou à son expiration mais également aux dispositions nationales souvent plus récentes relatives à l'obligation d'information précontractuelle. La question est en tout cas délicate et source d'insécurité

La doctrine expose par exemple ceci : « ..., on ne peut pas manquer de relever que la Cour de cassation, dans son appréciation du caractère de loi de police ou non des dispositions concernées, a procédé à une

⁶⁵ Affaire C-184/12.

⁶⁶ Cass., 7 avril 2023, C.21.0325.N, R.D.C., 2023/9, p. 1184-1186.

balance des intérêts protégés par ces dispositions, puisqu'elle a jugé que les articles X.35 à X.40 CDE protègent « principalement » des intérêts privés. Pour la Cour, l'existence d'un intérêt public tendant à ce qu'une catégorie de justiciables bénéficie d'une protection de leurs intérêts privés n'apparaît donc pas suffisante pour qualifier ces dispositions de lois de police, s'il s'avère que leur but est principalement de protéger des intérêts privés.

Cette précision nous paraît s'opposer à une transposition automatique du rejet de la qualification de loi de police à toutes les autres dispositions légales tendant à protéger une partie. Certains se sont ainsi interrogés sur l'effet de cette jurisprudence sur les dispositions légales prohibant les clauses abusives et sanctionnant l'abus de dépendance économique. Il appartiendra aux juridictions nationales de procéder à leur égard à l'analyse circonstanciée requise par la Cour de justice dans son arrêt Unamar, mais on ne peut exclure a priori que des considérations de bon fonctionnement du commerce et de la concurrence soient, au terme de cette analyse circonstanciée, considérées comme primant la simple protection d'intérêts particuliers.⁶⁷»

Principalement pour les PME, la sécurité juridique s'accommode mal de clarifications qui n'interviendraient qu'au terme de longues procédures devant la Cour européenne et les Cours de cassation nationales.

Cette disparité dans la protection des distributeurs peut bien sûr avoir une incidence sur les prix pratiqués par ceux-ci et, par voie de conséquence, sur la concurrence.

Un distributeur qui ne peut pas être assuré d'un certain délai de préavis ou d'une certaine protection en fin de contrat sera évidemment enclin à pratiquer des prix plus élevés pour se prémunir contre le risque de fin de contrat en essayant de se constituer des réserves permettant de faire face à cette éventualité. Cela peut donc aussi avoir un impact négatif pour les consommateurs. Cette disparité peut également conduire à une hésitation pour un distributeur de s'établir dans un autre état membre que celui de son état d'origine dans lequel le droit applicable serait fondamentalement différent.

F. Recommandations

1. Harmonisation

A l'issue de cette étude, il paraît donc opportun de recommander une harmonisation de la législation européenne en matière de contrat de distribution plutôt que d'appréhender les contrats de distribution sous l'angle strict du droit de la concurrence.

Tout choix de réforme reposera évidemment sur un choix politique.

Notre étude montre que, mis à part le contrat d'agence, la plupart des pays ne prévoient pas réellement de régime protecteur du statut de distributeur.

Comme l'avaient considéré le Conseil des communautés européennes⁶⁸ et les Etats membres⁶⁹ lors de l'adoption de la directive du 18 décembre 1986, une certaine protection du statut de distributeur serait de nature à assurer une plus grande stabilité de la relation contractuelle, limitant les risques de résiliation trop aisée des contrats, et une plus grande protection des intérêts légitimes des distributeurs qui, selon le type de contrat de distribution, doivent parfois consentir à des investissements importants ou sont responsables d'un nombre d'emplois plus ou moins conséquent.

Les considérants de la directive du 18 décembre 1986 énonçaient ce qui suit :

⁶⁷ Voy. Notamment P. HOLLANDER, Arbitrage et distribution commerciale : The End of History! R.D.C., 2023/9.

⁶⁸ Considérant n° 1 de la directive du 18 décembre 1986.

⁶⁹ Cf. supra, sub titre C.1.1. Voy. également : Avis du Comité économique et social du 8 mars 1978 sur une proposition de directive du Conseil relative à la coordination des droits des états membres concernant les agents commerciaux (indépendants), J.O.C.E., C 59, p. 31 ; Avis du Parlement européen du 9 octobre 1978 sur la directive concernant les agents commerciaux, J.O.C.E., C 239, p. 17.

« considérant que les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services pour les activités d'intermédiaires du commerce, de l'industrie et de l'artisanat ont été supprimées par la directive 64/224/CEE ;

considérant que les différences entre les législations nationales en matière de représentation commerciale affectent sensiblement, à l'intérieur de la Communauté, les conditions de concurrence et l'exercice de la profession et portent atteinte au niveau de protection des agents commerciaux dans leurs relations avec leurs commettants, ainsi qu'à la sécurité des opérations commerciales; que, par ailleurs, ces différences sont de nature à gêner sensiblement l'établissement et le fonctionnement des contrats de représentation commerciale entre un commettant et un agent commercial établis dans des États membres différents;

considérant que les échanges de marchandises entre États membres doivent s'effectuer dans des conditions analogues à celles d'un marché unique, ce qui impose le rapprochement des systèmes juridiques des États membres dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement de ce marché commun; que, à cet égard, les règles de conflit de lois, même unifiées, n'éliminent pas, dans le domaine de la représentation commerciale, les inconvénients relevés ci-dessus et ne dispensent dès lors pas de l'harmonisation proposée »;

Le préambule précisait encore que « considérant, à cet égard, que les rapports juridiques entre l'agent commercial et le commettant doivent être pris en considération par priorité... ». Nous avouons ne pas comprendre pourquoi mais, quoi qu'il en soit, près de 40 ans plus tard, les motivations qui ont amené à l'adoption d'une législation quasi-uniforme en matière de contrat d'agence dans les différents pays européens nous paraissent parfaitement transposables aujourd'hui aux autres modes de distribution.

Il en est d'autant plus ainsi que les travaux qui ont amené à l'adoption de la directive du 18 décembre 1986 soulignaient également que celle-ci était justifiée par le fait que « dans un grand nombre de cas les agents commerciaux se trouvent généralement, bien qu'à des degrés divers, en état d'infériorité économique à l'égard du commettant », ce qui est également le cas dans les autres modes de distribution⁷⁰.

La disparité actuelle de protection d'un pays à l'autre est en tout cas, compte tenu de l'incidence des règles de droit international privé, un facteur de discrimination d'un marché national à l'autre et incite au forum et au legem shopping.

2. Une approche règlementaire unique applicable à tous les contrats de distribution envisageables

Il nous paraît que deux approches sont envisageables.

La première consisterait à réglementer de façon coordonnée les différents types de contrats de distribution et, à l'instar de ce qui avait été fait pour le contrat d'agence, prévoir un cadre général pour chaque type de contrat (concession, franchise, commission, ...).

La seconde option consisterait quant à elle à prévoir un cadre général qui serait applicable à tous les types de contrats de distribution, quelle qu'en soit la qualification.

La seconde est sans doute plus délicate car elle implique le développement d'un cadre général soit suffisamment flexible pour tenir compte de la variété des modes de contrat de distribution et des risques encourus par le distributeur.

On constate cependant que la directive sur l'agence commerciale joue déjà partiellement ce rôle et est appliquée par analogie aux contrats de distribution par les juridictions de différents états

⁷⁰ JO no C 13 du 18. 1. 1977, p. 2 et JO no C 56 du 2. 3. 1979, p. 5.

(Allemagne, Espagne, Portugal). Cependant, cette application par analogie ne vise en général que le contrat de concession et pas et les autres types de contrats de distribution. Ceci souligne d'ailleurs le besoin d'un cadre réglementaire adapté au secteur de la distribution.

Notre étude comparative a également montré que certains secteurs d'activité sont déjà réglementés dans la plupart des pays européens. Il en va ainsi du secteur des assurances ou de la banque pour ce qui est des relations entre agents et commettants. Les rapports en amont de la chaîne de distribution alimentaire font également l'objet d'une directive européenne en matière de pratiques et clauses déloyales.

À ce stade, notre étude n'a pas porté sur les différences de traitement particulier dans ces secteurs. Ces derniers pourraient rester exclus d'une réglementation générale, ou faire précisément l'objet de mesures complémentaires encore plus précises.

Les contrats d'assurance ou de crédit peuvent ainsi s'étendre sur de très nombreuses années. Lorsque ces contrats sont apportés par l'agent, il a en principe droit aux commissions générées par ces contrats jusqu'à leur résiliation, ce qui n'est pas aisément praticable après la cessation du contrat d'agence. Ces commissions récurrentes peuvent intervenir dans d'autres secteurs, tels que la téléphonie mobile et, plus généralement, les services distribués sous forme d'abonnements renouvelables. Certains états ont donc adopté des réglementations visant à rencontrer ces spécificités.

Une réglementation transversale présenterait cependant le mérite d'éviter que la créativité du monde des affaires et des juristes ne permette la mise en place de modes de distribution qui échapperaient au cadre strict des définitions de contrats ou de conditions d'application très restrictives de certaines législations si l'on optait pour une réglementation par type de contrat.

Nous pouvons donner quelques exemples.

- a) Nous renvoyons tout d'abord à ce que nous avons dit plus haut concernant la distinction relativement artificielle entre concessionnaire et « faux » agent ou entre « vrai agent » et commissionnaire.
- b) Nous renvoyons également à nos développements antérieurs sur la différence de protection entre un agent et un commissionnaire.
- c) En droit belge, les contrats de concession de vente exclusive font, dans une certaine mesure, l'objet d'une protection en fin de contrat sous la forme du droit pour le concessionnaire, hors le cas de faute grave, de réclamer le bénéfice d'une indemnité complémentaire, couvrant le remboursement d'éventuels frais que le concessionnaire aurait consentis en faveur du concédant peu avant l'expiration du contrat et qui profiteraient au concédant après celle-ci, le remboursement de frais de dédit que le concessionnaire devrait payer à des membres du personnel et une indemnité de clientèle.

Cette protection n'est cependant accordée qu'au concessionnaire dont le contrat est conclu pour une durée indéterminée ou assimilée à un contrat à durée indéterminée en raison de plus de deux renouvellements et pour autant qu'il bénéficie d'une exclusivité quasi-exclusivité ou que le contrat lui impose des obligations importantes.

Il est donc facile d'échapper à la protection de la loi en prévoyant que le contrat est conclu pour une durée déterminée relativement longue.

Cette double discrimination n'existe par contre absolument pas en matière de contrat d'agence, la directive européenne de même que les lois nationales de transposition accordant la protection à l'agent que celui-ci bénéficie ou non d'une exclusivité et que son contrat est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée⁷¹.

⁷¹ En ce sens, voy. L. DUJARDIN, « En attendant Godot Le droit belge de la distribution tel qu'il devrait être », *R.D.C.-T.B.H.*, 20204, p. 446-465.

- d) De même, lorsqu'il est réglementé, le contrat de franchise ne l'est qu'au stade de l'information précontractuelle par les principes généraux du droit civil et du droit commercial.

Or, certains contrats de franchise portent sur la distribution de produits ou de services.

Dans ce cas, le savoir-faire, l'assistance permanente ou l'enseignement, qui étaient considérés par l'ancien règlement européen comme des éléments caractéristiques du contrat de franchise, distinguent certes le contrat de franchise du contrat de concession de vente pur et simple.

Il n'en reste pas moins, que, en ce qui concerne la vente des produits du franchiseur, ce contrat présente également tous les éléments caractéristiques d'un contrat de concession de vente.

La différence entre un contrat de franchise ou un contrat de distribution sélective qualitative est parfois difficile à cerner. Comme nous l'avons souligné plus haut (B, 3), certains contrats présentent nombre de caractéristiques d'un contrat de franchise mais n'en portent pas le nom pour échapper au reproche d'un manque de transfert de savoir-faire ou d'un manque d'assistance.

Une réglementation générale présenterait le mérite d'échapper aux discussions relatives à l'application ou non au contrat de franchise d'éventuelles dispositions nationales réglementant la fin des contrats de concession. Les pays qui protègent les distributeurs en des termes généraux ne semblent du reste pas en exclure les contrats de franchise.

- e) Nous avons aussi évoqué le contrat de location-gérance qui n'est réglementé qu'en France. L'absence de toute réglementation peut permettre que de tels contrats fassent l'objet de résiliation avec des délais extrêmement courts. S'ils sont assortis d'une clause de non-concurrence, le locataire gérant se retrouve sans la moindre compensation en fin de contrat et dans l'interdiction de commencer une nouvelle activité.

Nous préconisons donc ce choix de réglementation transversale.

G. Contenu possible d'une réglementation générale

Nous présenterons au dernier chapitre une proposition de ce que pourrait contenir une réglementation uniforme régissant donc l'ensemble des contrats de distribution à l'échelle européenne.

Dans le présent chapitre, nous justifierons pourquoi nous avons considéré utile d'aborder certains aspects et mettrons également en évidence, d'autres choix possibles.

1. Introduction

Si l'on envisage une réglementation générale, il nous semble que nous pouvons distinguer quatre phases à considérer :

- Une définition du champ d'application de la loi.
- L'imposition ou non d'éventuelles informations précontractuelles
- L'imposition ou non de certaines règles relatives à la phase purement contractuelle
- L'imposition de règles régissant la fin du contrat.

2. Définition et champ d'application de la loi

En ce qui concerne le champ d'application de la loi, une première question de vocabulaire se posera. Viser toute forme de contrat de collaboration serait sans doute excessif puisque cela pourrait conduire à viser également des contrats de consultance de fourniture de services informatiques et autres.

Vouloir réglementer tous les modes de contrat de collaboration supposerait en réalité une véritable législation relative à tous types de contrats B2B de moyenne ou longue durée. Certaines des solutions préconisées ci-dessous pourraient cependant être appliquées à tout type de contrat de collaboration.

Il semble pouvoir être déduit de l'examen auquel nous avons procédé que, en réalité, il existe paradoxalement une certaine forme d'uniformisation concernant ce type de contrat puisque, s'il ne s'agit pas de contrat de distribution, ils ne font l'objet d'aucune attention particulière. Un examen plus approfondi montrerait sans doute bien sûr que certains types de contrats comme les contrats d'association ou les contrats d'entreprise sont quant à eux réglementés.

En Belgique, la difficulté n'avait pas échappé au législateur lorsqu'il a adopté la loi relative à l'information précontractuelle puisqu'il employait le terme de « partenariat commercial ». Ce terme pourrait éventuellement être retenu mais il semble tout à fait particulier au droit belge. Le terme partenariat peut par ailleurs être source de confusion puisqu'un contrat tel qu'un contrat d'association peut également être considéré comme un contrat de partenariat.

Il nous semblerait préférable de viser le terme de « distribution » qui aura le mérite de mettre clairement en avant le champ d'application voulu à une nouvelle réglementation.

Au demeurant, si on examine les caractéristiques de ces différents termes, on pourrait retenir ceci pour les différencier :

1. Objectif principal :

- Contrat de distribution : L'objectif principal est de mettre les produits ou services à disposition des clients finaux à travers des canaux de distribution spécifiques. Le fournisseur cherche à élargir sa portée sur le marché grâce aux capacités de vente et de distribution du distributeur.
- Contrat de partenariat ou de collaboration : L'objectif principal peut varier considérablement en fonction du projet ou de l'objectif commun convenu entre les parties. Cela peut inclure des initiatives telles que la recherche conjointe, le développement de nouveaux produits, l'accès à de nouveaux marchés ou la réalisation de projets spécifiques.

2. Relation entre les parties :

- Contrat de distribution : Les parties ont souvent des rôles distincts et complémentaires, avec le fournisseur fournissant les produits ou services et le distributeur étant chargé de les commercialiser et de les vendre.
- Contrat de partenariat ou de collaboration : Les parties sont considérées comme des partenaires égaux travaillant ensemble pour atteindre un objectif commun. Les contributions et les responsabilités sont généralement partagées de manière plus équilibrée, avec une collaboration étroite tout au long du processus.

3. Nature de la coopération :

- Contrat de distribution : La coopération se concentre principalement sur des activités liées à la vente, à la promotion et à la distribution des produits ou services, avec des objectifs de performance clairement définis.
- Contrat de partenariat ou de collaboration : La coopération peut impliquer une gamme plus large d'activités, allant de la recherche et développement à la production conjointe, en passant par le partage de ressources et d'expertise. Les parties travaillent ensemble de manière intégrée pour atteindre un résultat spécifique.

4. Responsabilités et risques :

- Contrat de distribution : Les responsabilités et les risques sont souvent répartis de manière asymétrique, le fournisseur conservant généralement la responsabilité principale de la qualité des produits ou services. Le distributeur est généralement

responsable de la commercialisation et de la vente efficaces des produits ou services.

- Contrat de partenariat ou de collaboration : Les responsabilités et les risques sont partagés de manière plus équitable entre les partenaires, en fonction de leurs contributions respectives et des accords convenus. Les parties assument ensemble les risques liés au projet ou à l'objectif commun.

5. Durée et flexibilité :

- Contrat de distribution : Les contrats de distribution peuvent avoir des durées spécifiques, avec des clauses de renouvellement ou de résiliation définies. Ils peuvent être plus standardisés pour faciliter la gestion des relations commerciales.
- Contrat de partenariat ou de collaboration : La durée et les termes du contrat peuvent être plus flexibles pour permettre une adaptation aux besoins évolutifs du projet ou de l'objectif commun. Ils peuvent nécessiter une plus grande souplesse pour intégrer de nouvelles idées, ajuster les stratégies ou réévaluer les objectifs au fil du temps.

Dans le projet qui suit, nous nous sommes donc efforcés de proposer une définition du terme « distribution » qui englobe toutes les formes les plus répandues de distribution mais également toute forme de distribution en général.

3. Information précontractuelle

3.1. Nécessité et contenu

Nous avons vu que la législation de plusieurs pays régleme nte spécifiquement la phase d'information précontractuelle pour les contrats de franchise (Belgique, France, Pays-Bas, Italie et Espagne). Ces législations sont alors extrêmement détaillées et s'étendent parfois à d'autres types de contrat.

Ces pays ont alors également des règles plus générales applicables à tout contrat.

Ces réglementations plus générales sont alors extrêmement concises à l'instar de celles des pays qui ne réservent pas un traitement particulier aux contrats de franchise mais contiennent des dispositions d'application générale. Ces règles reposent alors simplement sur les notions de bonne foi, de prise en compte de l'intérêt de l'autre partie ou d'obligation d'informer l'autre partie de toute question pertinente pour la conclusion du contrat.

Face à ce constat, deux options sont possibles, soit réglementer a minima ce stade de l'information précontractuelle, soit s'inspirer des différentes législations existantes en matière de contrat de franchise ou assimilés, pour prévoir une réglementation uniforme et complète. Le choix d'une réglementation a minima n'empêcherait pas les Etats membres d'adopter des législations nationales plus contraignantes, réintroduisant ainsi le risque de forum et de *legem shopping* que nous souhaitons éviter. Ici aussi, il a donc paru préférable de proposer un texte complet en matière d'information précontractuelle pour, à nouveau, éviter les risques de forum et *legem shopping*.

Nous nous sommes donc efforcés dans le projet que nous présentons de reprendre les éléments ou idées les plus pertinents des différentes législations existantes.

La communication de ces informations n'est pas systématiquement exigée par les pays qui ont réglementé ces aspects et peut représenter une charge trop importante pour des fabricants ou fournisseurs (PME) actifs sur des marchés plus confidentiels et ne disposant pas de données pertinentes.

Il paraît donc justifié de ne pas imposer dans tous les cas cette obligation d'information précontractuelle. Nous nous sommes notamment inspirés du droit français qui limite cette obligation d'information précontractuelle aux situations dans lesquelles le futur « distributeur », jouira d'une exclusivité ou d'une quasi-exclusivité.

Il paraît également justifié que ces informations ne soient pas uniquement mises à charge du franchiseur. Nous nous sommes donc également inspirés des droits hollandais et italien qui imposent non seulement au futur franchiseur de fournir des informations sur sa situation financière ainsi que de l'article 915 du Code civil hollandais qui dispose que :

“Dans les limites du raisonnable et de l'équitable, le futur franchisé doit prendre les mesures nécessaires pour éviter de conclure le contrat de franchise sous l'influence d'hypothèses erronées”.

3.2. Sanction

Une fois déterminé le contenu du document d'information précontractuelle, la question de la sanction se pose.

On distingue globalement deux types de sanctions, soit une sanction assez classique sous forme de la possibilité pour le distributeur qui n'aurait pas reçu des informations contractuelles suffisantes d'invoquer un vice de consentement, soit sous forme de la possibilité pour le distributeur d'invoquer la nullité du contrat.

Aborder la question sous l'angle du vice de consentement est sans doute une sanction moins lourde puisque si, par exemple, le distributeur veut invoquer que des informations qui lui ont été communiquées étaient incomplètes ou inexactes, il devra démontrer que cela a eu une influence réelle sur son consentement. La marge d'appréciation du tribunal serait donc beaucoup plus importante que dans le cas d'une sanction automatique sous la forme d'une nullité.

A l'inverse, si l'on veut que cette obligation d'information précontractuelle soit réellement strictement respectée, la sanction de la nullité du contrat est évidemment plus efficace.

Nous nous sommes ici essentiellement inspirés du droit belge qui cumule, selon le cas, un régime de nullité et d'application de la théorie des vices du consentement.

Ici aussi, il y a un choix à faire. Aborder la question sous l'angle du vice de consentement est sans doute une sanction moins lourde puisque si, par exemple, le distributeur veut invoquer que des informations qui lui ont été communiquées étaient incomplètes ou inexactes, il devra démontrer que cela a eu une influence réelle sur son consentement. La marge d'appréciation du tribunal serait donc beaucoup plus importante que dans le cas d'une sanction automatique sous la forme d'une nullité.

4. Phase contractuelle

4.1. Pas de réglementation de l'ensemble de la phase contractuelle

Aucun pays ne régit toute la phase contractuelle de contrats autres que le contrat d'agence, ou, dans le cas de la Hollande et de l'Italie, du contrat de franchise.

Il ne nous semble donc pas nécessaire de réglementer l'ensemble de la phase proprement contractuelle au risque d'imposer une lourdeur excessive dans la vie des affaires. Certains aspects de la relation contractuelle paraissent par contre mériter une attention particulière.

4.2. Obligation générale d'agir de bonne foi

A l'instar de ce que prévoit la directive du 18 décembre 1986, il nous a paru utile de rappeler que les deux parties doivent veiller à agir de bonne foi et loyalement, en veillant également aux intérêts de l'autre partie.

4.3. Définition de la rémunération

La directive du 18 décembre 1986 contenait des indications précises relatives à la rémunération de l'agent.

La directive du 18 décembre 1986 prévoit certaines modalités au sujet de la rémunération de l'agent pendant et après le contrat.

Certaines questions restent cependant non réglées, notamment en ce qui concerne les rémunérations post-contractuelles relatives à des affaires générant des rémunérations récurrentes sur le long terme (contrats d'abonnement, contrats d'assurances, de crédit, etc.). Dans la rigueur des principes, ces contrats génèrent des commissions en faveur de l'agent jusqu'à leur terme, lequel peut intervenir après plusieurs années. Les parties sont donc contraintes de rester en relation pendant une longue période après la cessation du contrat. Cette situation n'est pas souhaitable, ni pour le commettant qui sera tenu de rendre compte à un agent qui sera devenu un concurrent potentiel, ni pour l'agent qui n'a plus de visibilité sur les affaires de son ancien commettant.

La question peut se poser dans d'autres modes de distribution que le contrat d'agence.

Nous proposons donc de limiter sauf accord contraire des parties, le droit à ces commissions récurrentes à un délai de 6 mois similaire à celui qui permet à l'agent d'être encore rémunéré pour une affaire conclue en raison des activités qu'il a déployées en cours de contrat.

Alors que, précisément, la directive sur le contrat d'agence a amené à ce que les composantes de la rémunération soient clairement définies, tel n'est pas le cas pour les autres contrats.

Dans le même souci d'uniformisation, il paraît utile prévoir que les composantes de la rémunération des distributeurs doivent être clairement définies dans le contrat. Nous visons par exemple les cas où la rémunération se compose en une marge fixe à laquelle vient s'ajouter, à certaines conditions, des marges variables, primes, bonus. La définition d'objectifs commerciaux est légitime dans un environnement concurrentiel, mais la faculté du fournisseur de les déterminer unilatéralement est de nature à créer ou à aggraver la dépendance économique du distributeur si l'obtention des primes ou bonus devient une condition nécessaire à la viabilité de l'entreprise du distributeur.

Une définition claire des éléments de la rémunération doit permettre au distributeur d'avoir une vision claire de la rentabilité qu'il peut espérer indépendamment de tout bonus ou primes aléatoires.

4.4. Liquidation des sommes dues en cours de contrat

La résolution du Parlement européen du 17 janvier 2019 sur la mise en œuvre de la directive 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales⁷² règle partiellement certains aspects relatifs au paiement en exécution d'un contrat.

Dans la pratique, la plupart des contrats règlent très précisément la question de savoir dans quel délai un distributeur est tenu de payer les sommes dues au fournisseur ou au fabricant. La directive du 18 décembre 1986 contient également des règles relatives au délai dans lequel le commettant est tenu, en principe, de régler les commissions dues à l'agent.

Force est cependant de constater que ces règles sont souvent détournées et que bon nombre de contrats prévoient que l'agent n'aura droit à la commission qu'après paiement effectif par le client, ce qui est contraire au texte de la directive.

Dans des contrats de distribution plus complexes, comme les contrats de distribution automobile, la rémunération du distributeur est souvent composée de différents éléments (marges variables,

⁷² 2018/2056(INI) (2020/C 411/17)

primes, bonus). Bien souvent aussi, un distributeur assurera pour compte du fournisseur tout ou partie du service après-vente et devra donc être rémunéré pour ces interventions.

Ces compléments de rémunération ou remboursements sont bien souvent liquidés avec énormément de retard alors que les sommes dues par les distributeurs sont quant à elles exigibles à des délais beaucoup plus brefs.

Nous inspirant une nouvelle fois de la directive relative au contrat d'agence, nous avons donc voulu suggérer des dispositions à cet égard.

4.5. Adaptation de certains aspects de la relation pendant l'exécution du contrat

Un contrat ne peut en principe être modifié que de l'accord des deux parties.

La loi belge sur le contrat d'agence prévoit par exemple que la modification par le commettant des conditions de rémunération en cours de contrat constitue un acte équipollent à rupture.

Toutefois dans le cadre de contrat de longue durée, il est normal qu'une certaine évolution puisse prendre place et la plupart des contrats réservent ainsi au fournisseur la possibilité de procéder à certains aménagements.

Les contrats de distribution sont en effet très généralement des contrats-cadres régissant l'ensemble de la relation contractuelle mais au sein desquels s'inscrivent ensuite une série d'opérations commerciales classiques telles que des achats en vue de la revente.

Par sa nature même, un contrat de distribution est également appelé à évoluer, que ce soit en fonction d'une évolution de la gamme des produits ou services offerts, en fonction des aménagements des points de ventes qui seront éventuellement requis dans le chef des distributeurs, des formations complémentaires que celui-ci ou les membres de son personnel devront suivre pour être à même de connaître les nouveaux produits ou procéder à leur entretien ou réparation ou, en raison de variations de la politique des prix du fabricant ou fournisseur.

De tels aménagements sont totalement naturels.

Lorsque le rapport de force est inégal, ce qui est très souvent le cas, non seulement le contrat de distribution lui-même est pratiquement un contrat d'adhésion mais, en outre, le fabricant ou le fournisseur impose fréquemment de façon quasi unilatérale des objectifs de vente ou de nouvelles politiques commerciales, soit annuellement, soit, dans certains secteurs, comme le secteur automobile, mensuellement, suscitant la colère des distributeurs généralement impuissants face à cette situation.

Les tempéraments existants sous l'angle du droit de la concurrence en termes de protection contre l'abus de dépendance économique se révèlent très souvent insuffisants sur le plan purement contractuel puisqu'ils supposent que le distributeur qui s'estime victime d'un tel abus doive démontrer que celui-ci a un impact réel sur le droit de la concurrence, ce qui lui sera très souvent difficile et ne sera au demeurant pas nécessairement le cas.

La pratique consistant à interdire purement et simplement certaines clauses qui seraient considérées comme abusives est sans doute un des moyens de lutter contre ces dangers mais il n'est pas suffisant.

Nous avons donc suggéré des pistes de solution dont nous sommes conscients qu'elles peuvent paraître « novatrices » mais qui nous paraissent de nature à assurer un équilibre de la relation.

Nous nous sommes notamment inspirés du droit hollandais en matière de contrat de franchise et de l'article 9 de la loi autrichienne sur l'agence commerciale qui permet à l'agent d'obtenir une indemnité équitable si, en violation du contrat, l'agent est empêché par le commettant de gagner les commissions dans la mesure convenue ou escomptée d'après les accords conclus entre les parties.

De telles dispositions seraient également un frein efficace contre les situations d'abus de dépendance économique.

4.6. Clauses abusives

Nous avons vu que, le droit européen ne réglementait la question des clauses abusives que dans les rapports vis-à-vis des consommateurs.

L'interdiction de l'abus de droit ou l'obligation d'agir de bonne foi se retrouve dans la plupart des législations.

Les lois belges, françaises et allemandes contiennent des dispositions plus spécifiques de certains types de clauses qui seront considérées comme abusives.

Il nous a paru opportun de nous inspirer de la loi belge, qui paraît la plus complète, en y ajoutant également une disposition, inspirée du projet d'arrêté Royal relatif aux clauses abusives dans les contrats conclus entre une entreprise et une entreprise de commerce de détail en magasin non spécialisé à prédominance alimentaire. Le projet de cet arrêté royal visait à interdire d'imposer le recours à une instance arbitrale déterminée en cas de litige, ce qui, en droit belge, serait contraire à l'article 1676 du Code Judiciaire qui autorise expressément le recours à une procédure arbitrale, ainsi qu'en a décidé le Conseil d'Etat dans son avis 76.117/1 du 13 mai 2024.

Compte tenu des conventions internationales en matière d'arbitrage, et de la ferveur en matière de l'arbitrage, il ne saurait évidemment être question d'interdire le recours à des procédures arbitrales. Toutefois, tenant compte notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁷³, il paraît justifié de rappeler que le recours obligatoire à une procédure arbitrale ne peut, dans les faits et tenant compte de la situation des parties, aboutir à priver une partie de la possibilité de suivre cette procédure arbitrale.

4.7. Protection contre l'abus de dépendance économique

Nous avons également vu que le droit européen sanctionne les abus de position dominante mais ne traite pas la question de l'abus de dépendance économique.

L'abus de dépendance économique peut certes être appréhendé sous la notion générale d'abus de droit mais il apparaît que la protection est plus importante dans les pays qui ont plus particulièrement réglementé la question.

Il nous a donc paru également opportun de prévoir une disposition à ce sujet.

La question de l'abus de dépendance économique est abordée spécifiquement par les droits belge, français, allemand, italien et hongrois. Les droits belge, droit français et hongrois ne sanctionnent cependant clairement l'abus de dépendance économique que s'il a en outre pour effet d'affecter la concurrence, ce que ne prévoient ni le droit allemand ni le droit italien.

En droit civil ou commercial, ce critère d'affectation de la concurrence est une source d'imprécision et d'insécurité juridique.

En outre, il est déraisonnable de faire peser sur la partie qui, par hypothèse, est la plus faible, et s'estime déjà victime d'un abus de dépendance, de devoir en outre apporter elle-même la preuve de ce que cet abus de dépendance aurait pour effet d'affecter la concurrence.

Notre projet s'inspire donc pas davantage de la loi italienne qui ne reprend pas cette condition d'affectation du droit de la concurrence.

Si les clauses abusives sont l'objet d'une réglementation spécifique, l'abus de dépendance économique doit, dans le cadre d'une relation fournisseur-distributeur permettre de sanctionner non pas telle ou telle clause particulière du contrat, mais plutôt un déséquilibre initial ou progressif s'installant dans la relation.

Ici aussi, nous avons prévu un renvoi à la notion d'équité.

⁷³ C.E.D.H., arrêt Kreuz c. Pologne, § 60 ; arrêt Podbielski c. Pologne, 30 novembre 2005, § 64 ; arrêt Weissman c. Roumanie, 23 octobre 2006, § 37 ; arrêt Bakan c. Turquie, 12 septembre 2007, § 68.

4.8. Sanctions et mise en œuvre

Indépendamment des règles de fond qui s'imposeraient aux parties en cours de contrat, se pose la question de la mise en œuvre effective de ces règles et de leur sanction.

Les réseaux de distribution sont souvent caractérisés par un déséquilibre économique et contractuel entre le fournisseur et l'acheteur. Il en résulte que, même si ses droits sont méconnus, le distributeur sera souvent peu enclin à agir contre le commettant ou le concédant, de crainte de s'exposer à des mesures de rétorsion pouvant aller jusqu'à la perte de son contrat (*fear factor*). Cet aspect est particulièrement dissuasif quand la structure du marché en cause ne permet pas de se tourner facilement vers un autre fournisseur ou n'offre pas d'alternatives économiquement viables pour le distributeur. Cette contrainte sera encore accentuée dans le cas où le distributeur a été amené à faire des investissements importants dédiés à la marque qu'il représente.

C'est notamment l'une des raisons ayant conduit plusieurs Etats membres à insérer l'abus de dépendance économique dans le droit de la concurrence et à donner ainsi aux autorités de la concurrence les moyens d'agir d'initiative, ou sur plainte, avec les moyens d'investigations et de coercition dont ils disposent⁷⁴.

L'inconvénient de cette approche réside dans l'objet des intérêts protégés puisque le droit de la concurrence n'est pas conçu pour sanctionner les droits contractuels en faveur d'une partie qui ne démontrerait pas l'impact de l'infraction sur le marché ou une partie substantielle de celui-ci.

Ce constat pourrait justifier l'octroi d'une action collective à conduire par les organisations représentatives des membres d'un réseau de distribution, conformément à la recommandation de la Commission du 11 juin 2013⁷⁵.

Le droit belge permet aux groupements et associations professionnels d'agir en cessation pour la défense de leurs intérêts collectifs statutairement définis en vue de mettre fin aux actes qui constitueraient une infraction au Code de droit économique (art. XVII.7 CDE). Une association peut notamment agir pour s'opposer au maintien des clauses abusives entre entreprises sanctionnées de nullité par l'article VI.91/6 CDE.

Une action en réparation collective est également ouverte en faveur d'un groupe de PME lorsque la cause invoquée constitue une violation potentielle par l'entreprise d'une de ses obligations contractuelles⁷⁶ et qu'une réparation collective semble plus efficace qu'une action de droit commun (art. XVII.36 CDE). Ce groupe devra toutefois être représenté par une organisation interprofessionnelle siégeant au Conseil supérieur des Indépendants (ou spécialement agréée) ou par une association dotée de la personnalité juridique, spécialement agréée, et dont l'objet social est en relation directe avec le préjudice collectif subi par le groupe (art. XVII.39, al. 3 CDE).

Nous avons donc prévu d'ouvrir à toute association représentative d'un réseau de distribution la possibilité d'agir en justice pour obtenir le respect des dispositions de la loi.

4.9. Comptabilité analytique

S'il est question, comme nous le verrons plus loin, d'accorder au distributeur une certaine protection en fin de contrat, il est utile de bénéficier des éléments chiffrés précis relatifs à l'activité qui fait l'objet du contrat de distribution. C'est en particulier le cas des distributeurs multicartes qui représentent plus d'un commettant ou fournisseur.

Il nous semble que l'article 9, § 2 e) de la loi espagnole sur l'agence, qui impose la tenue d'une comptabilité séparée pour les activités relatives à chaque fournisseur représenté, pourrait être imposée en ce qu'elle permettrait d'objectiver davantage les revendications du distributeur.

⁷⁴ Sur ces questions voy. notamment, en Belgique, la Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, Amendements, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, Doc. 54, n°1451/3, pp. 9 et s.

⁷⁵ Recommandation du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union.

⁷⁶ Ou de certaines obligations légales identifiées à l'article XVII.37 CDE au rang desquelles figurent la Protection de la concurrence (livre IV CDE) et Les pratiques du marché (livre VI CDE).

Ceci nous semble constituer une bonne pratique qui serait également de nature à favoriser l'émergence de solutions négociées plus accessibles. Le fournisseur est naturellement méfiant à l'égard des demandes formulées par un distributeur en l'absence d'informations transparentes et accessibles permettant de réaliser ses propres projections ou vérifications. Un litige judiciaire complexe – passant fréquemment par une désignation d'expert – est souvent nécessaire avant d'avoir accès à ces informations. Les tribunaux pourraient également résoudre plus rapidement les différends qui sont portés devant eux en présence de telles informations.

5. Préavis et indemnité en fin de contrat

La dernière étape à appréhender sera naturellement celle de la fin du contrat.

La directive relative au contrat d'agence avait notamment pour but d'assurer une certaine stabilité de la relation et une protection de l'agent en fin de contrat, en imposant un délai de préavis pour mettre fin au contrat en dehors de l'hypothèse d'une faute grave de l'agent et en prévoyant, toujours dans l'hypothèse d'absence d'une faute grave, que l'agent a droit soit à une indemnité de clientèle, soit à la réparation du préjudice subi.

Il ne paraît absolument pas justifié que les autres modes de distribution ne bénéficient pas de protection au moins équivalente dès lors que, dans nombre d'entre elles, concession, franchise, location-gérance, le distributeur est amené à supporter des risques économiques plus importants que ce que ne doit supporter un agent.

Nous avons donc naturellement prévu des dispositions relatives à la nécessité de mettre fin au contrat de distribution conclu pour une durée indéterminée moyennant un certain préavis ainsi que, dans certaines conditions, le droit pour le distributeur de se prévaloir du bénéfice d'une indemnité de clientèle.

Pour chacun de ces deux sujets, deux grandes options sont envisageables. Soit définir un cadre relativement strict laissant peu de marge d'appréciation au tribunal, soit, au contraire, laisser une plus grande marge d'appréciation au tribunal.

5.1. Préavis

5.1.1 Préavis fixé par la loi ou à déterminer au cas par cas ?

Si l'on envisage une législation unique qui puisse couvrir l'ensemble des modes de distribution, il ne paraît pas opportun de procéder, comme l'avait fait le législateur européen lors de l'adoption de la directive du 18 décembre 1986, en imposant des délais de préavis stricts.

La directive faisait en outre varier la durée du préavis en fonction de l'ancienneté de la relation, ce qui n'est pas nécessairement le critère le plus pertinent, alors que peut-être l'importance des investissements consentis par le distributeur ou l'infrastructure mise en place par celui-ci serait un critère plus significatif.

Nous avons ici retenu de la directive du 18 décembre 1986 l'idée d'un délai de préavis minimum.

Au-delà de ce délai de préavis minimum, il nous a paru opportun de s'inspirer du texte de l'ancienne loi belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des contrats de concession de vente exclusive durée indéterminée prévoyant qu'il ne peut être mis fin à un contrat de distribution, que celui-ci soit exclusif ou non exclusif, que moyennant un préavis raisonnable.

Le caractère raisonnable et équitable régissant la fin des relations entre les parties revient à plusieurs reprises dans les dispositions légales ou les applications jurisprudentielles des différents états étudiés (Hollande, Luxembourg, Belgique, ...).

Ce critère d'équité était en outre formellement énoncé par la directive du 18 décembre 1986 dont l'article 17 prévoyait que l'octroi d'une indemnité de clientèle était subordonné à la fois la condition d'un apport de nouveaux clients commettant ou au développement sensible des opérations avec celui-ci, au fait que le commettant puisse encore retirer des avantages substantiels résultant des opérations avec ses clients et que le paiement de cette indemnité est équitable compte tenu de toutes les circonstances.

Cette option est celle qui nous paraît s'imposer si l'on veut que la réglementation ait le champ d'application le plus large possible en permettant au tribunal de tenir compte de la spécificité de chaque type de contrat et de la différence de risques encourus ou non par le distributeur selon le type de contrat, l'implication du fabricant ou du fournisseur, les investissements réalisés par le distributeur, le personnel à sa charge, ou encore l'importance de l'activité dans son chiffre d'affaires global.

Le recours à la notion d'équité permet au juge de tenir compte de l'ensemble des circonstances. La prise d'un certain risque est évidemment inhérente à la vie des affaires et le fournisseur doit avoir le droit de mettre fin au contrat de distribution sans qu'une législation trop contraignante ne rende cela impossible ou trop onéreux.

Nous nous sommes largement inspirés de cette loi, en précisant toutefois davantage les critères qui peuvent être pris en considération.

L'examen des législations existantes montre que l'un des critères éventuellement retenus est celui d'un préavis suffisant que pour permettre aux distributeurs d'amortir les investissements qu'il a consentis pour exécuter le contrat, comme c'est le cas par exemple au droit luxembourgeois, italien (en matière de distribution automobile) ce qui peut être un critère moins contraignant que celui du délai nécessaire pour retrouver une situation équivalente qui est parfois utilisé par la jurisprudence belge en matière de rupture des contrats de concession de vente exclusive.

5.1.2 Exception

Comme c'est actuellement le cas dans la plupart des législations, cette obligation de devoir respecter un préavis en fin de contrat ne devrait bien sûr pas s'appliquer dans l'hypothèse où la résiliation de ce contrat est justifiée par une faute grave de l'une des parties.

La pratique démontre cependant que certains contrats énumèrent des séries impressionnantes de circonstances considérées comme pouvant être constitutives de fautes graves dans le chef du distributeur.

Il nous a donc paru utile de prévoir certains tempéraments en imposant à la partie qui entend se prévaloir d'une faute grave de l'autre partie de mettre celle-ci en demeure de mettre fin au manquement qui lui est reproché avant de pouvoir effectivement résilier le contrat, sauf lorsqu'il apparaît qu'il serait impossible de remédier à ce manquement.

Les lois autrichienne (art. 22 de la loi sur l'agence commerciale) et finlandaise (art. 25 de la loi sur l'agence commerciale) définissent les cas de fautes graves justifiant la rupture avec effet immédiat. Il ne nous a pas paru utile de définir de telles hypothèses, pour laisser au tribunal la liberté d'appréciation.

De la même façon, nous avons reconnu en les assortissant toutefois de certaines limites, la validité des clauses et conditions résolutoires expresses.

5.2. Indemnité complémentaire

5.2.1 Principe

En matière de contrat d'agence, la directive du 18 décembre 1986 avait laissé le choix aux législateurs nationaux de prévoir soit le bénéfice d'une indemnité d'éviction au profit de l'agent s'il démontrait une augmentation sensible de la clientèle et que celle-ci pouvait encore procurer des avantages significatifs aux commettants après l'expiration du contrat, soit un régime d'indemnisation du préjudice subi par l'agent en raison de cette résiliation.

Dans la première des deux hypothèses envisagées par la directive du 18 décembre 1986, la directive accordait au tribunal un assez large pouvoir d'appréciation se référant à l'équité, alors que ce critère est absent si l'on envisage uniquement la question de l'indemnisation du préjudice subi par l'agent. La seule prise en compte de ce préjudice ne permet par exemple pas au tribunal de tenir compte des raisons, éventuellement légitimes qui ont poussé le fournisseur à mettre fin à la relation.

Autant une indemnisation d'un apport de clientèle ou du préjudice subi par le distributeur paraît justifiée si, par exemple, le fournisseur met fin au contrat après avoir recouru au service du distributeur pour s'implanter dans un marché dans lequel ces produits ou services n'étaient pas encore distribués et s'accaparer ainsi les efforts consentis par le fournisseur alors que, dans cette phase de lancement, celui-ci n'a peut-être pas encore pu récolter le fruit de ses efforts, autant il pourrait paraître inéquitable d'imposer les mêmes obligations à un fournisseur qui décide de mettre fin au contrat en raison d'un manque évident de performance distributeur ou parce que le fournisseur, étant lui-même en difficulté, est contraint de réduire ses coûts.

Par identité de motifs avec ce que nous avons dit plus haut pour ce qui concerne la question du préavis, il nous paraît que ce principe d'une certaine forme d'indemnisation du distributeur en fin de contrat doit être reconnu dans certains cas.

Celle-ci peut prendre la forme d'une indemnité de clientèle comme dans le contrat de concession de vente exclusive en Belgique, d'une nécessité de rembourser les investissements non amortis dans le cadre de l'exécution du contrat⁷⁷, d'une indemnité d'éviction ou de l'octroi de dommages-intérêts en réparation du préjudice comme c'est le cas pour l'une des options offertes par la directive du 18 décembre 1986. Cette solution n'a toutefois été retenue que par la France, l'Irlande et le Royaume-Uni⁷⁸.

Ici aussi, l'arbitrage de la situation concrète par le recours à l'équité plutôt que par des critères strictement objectifs nous paraît préférable.

5.2.2 Référentiel

Dès lors que nous avons suggéré la tenue d'une comptabilité analytique pour un distributeur multiscartes, il nous a paru utile d'envisager une sanction en cas où il n'aura pas respecté cette obligation.

6. Clause de non-concurrence post-contractuelle

La question de la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle pourrait également être réglée. Une telle clause peut être justifiée dans de nombreux cas mais elle peut également avoir pour effet de paralyser l'activité du distributeur alors qu'il vient peut-être de perdre son activité principale. Deux possibilités sont à envisager :

- la première serait liée à la limitation d'éventuelle clause de non-concurrence post-contractuelle, indépendamment de l'impact que celle-ci pourrait avoir ou non sur le droit de la concurrence, et sans les incertitudes liées par exemple à la position de la commission dans les lignes directrices qui expriment que, dans certains cas, les clauses de non-concurrence peuvent avoir un contenu plus strict que celui pourtant énoncé très clairement dans le règlement lui-même⁷⁹ ; les motivations qui ont conduit la Commission à réserver un sort différent contrat de franchise pourraient être appliquées à d'autres modes de distribution.
- L'exercice de la clause de non-concurrence pourrait être lié à l'obligation de verser une compensation spécifique aux distributeurs, sur le modèle existant en Allemagne (art. 74

⁷⁷ La durée d'amortissement des investissements imposés par le fournisseur ou le commettant sont souvent pris en considération pour déterminer la durée minimale du contrat (En Italie, voy. la loi n°129 sur la franchise et la loi 108/2022 applicable à la distribution automobile) ou le montant des indemnités à allouer en équité au distributeur résilié (voy. la loi du 24 juillet 2014 relative aux règles spécifiques s'appliquant aux accords verticaux de distribution dans le secteur automobile au Luxembourg, la loi n° 108/2022, déjà citée, en Italie ou encore la disposition supplémentaire insérée dans la loi sur l'agence commerciale en Espagne qui n'est toutefois plus en vigueur).

⁷⁸ Rapport sur l'application de l'article 17 de la directive du conseil portant coordination des législations des états membres concernant les agents commerciaux indépendants (86/653/CEE), p. 7.

⁷⁹ Le considérant 166 énonce en effet que dans le cas d'un contrat de franchise, la clause de non-concurrence peut avoir la même durée que le contrat de franchise alors que le considérant 16 du règlement lui-même énonce qu'une clause de non-concurrence ne peut excéder cinq ans.

HGB), au Portugal (art. 13.g de la loi sur l'agence) et en Hongrie (art. 22de la loi CXVII 2000 sur l'agence commerciale)

L'introduction d'une réglementation des clauses de non-concurrence qui serait d'application transversale aux différentes formes de contrats de distribution nécessite de prendre en compte des impératifs se trouvant à la charnière du droit de la concurrence et de la liberté d'entreprendre.

L'interdiction de principe des accords restrictifs de concurrence (art. 101, § 1 TFUE et IV.1, § 1 CDE) est tempérée par le règlement d'exemption par catégorie 2022/720 dont l'article 5 admet les obligations de non-concurrence, moyennant certaines limitations géographiques, de durée et d'objet.

En vertu de l'article 3, § 2 du règlement (CE) n°1/2003⁸⁰, l'application du droit national de la concurrence ne peut entraîner l'interdiction d'accords qui sont couverts par un règlement d'exemption communautaire.

Le règlement 1/2003 a pour objectif de préserver la concurrence sur le marché européen en lui donnant une interprétation et une application uniformisée. Ceci ne porte toutefois pas atteinte à la liberté des Etats membres "de mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales destinées à protéger d'autres intérêts légitimes, pour autant que ces dispositions soient compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire. Dans la mesure où les dispositions législatives nationales en cause visent principalement un objectif autre que celui consistant à préserver la concurrence sur le marché, les autorités de concurrence et les juridictions des États membres peuvent appliquer lesdites dispositions sur leur territoire. Par voie de conséquence, les États membres peuvent, eu égard au présent règlement, mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales interdisant ou sanctionnant les actes liés à des pratiques commerciales déloyales, qu'ils aient un caractère unilatéral ou contractuel. Les dispositions de cette nature visent un objectif spécifique, indépendamment des répercussions effectives ou présumées de ces actes sur la concurrence sur le marché. C'est particulièrement le cas des dispositions qui interdisent aux entreprises d'imposer à un partenaire commercial, d'obtenir ou de tenter d'obtenir de lui des conditions commerciales injustifiées, disproportionnées ou sans contrepartie." (Considérant n°9 du règlement 1/2003).

L'insertion de modalités, voire l'interdiction, des clauses non-concurrence dans certaines hypothèses ne devrait donc pas se heurter aux dispositions de droit européen de la concurrence pour autant que ces mesures soient justifiées par des objectifs légitimes. La liberté d'entreprendre et la nécessité, pour le débiteur potentiel de l'obligation de non-concurrence, de pourvoir à ses moyens de subsistance devraient par conséquent permettre l'adoption d'une telle réglementation, à l'instar de ce que prévoit la législation des autres Etats membres cités ci-dessus.

6.1. Reprise du stock

Dans certains cas, et principalement lorsque le concessionnaire est tenu par des objectifs de vente, ou n'est pas réellement libre de maîtriser les quantités de stock dont le fabricant ou le fournisseur lui impose de disposer, par exemple pour pouvoir assurer ses obligations en matière de service après-vente, le distributeur se retrouve en fin de contrat avec un stock important.

Le fait qu'il ne fasse pas partie du réseau de distribution officiel en rendra d'autant plus difficile l'écoulement.

Il pourrait donc être justifié d'imposer, comme le font les droits luxembourgeois et autrichien pour le secteur automobile, une reprise du stock assortie, soit d'une éventuelle réduction, soit de la condition que celui-ci ne soit pas obsolète.

⁸⁰ Règlement (CE) n°1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

6.2. Options d'achat du fonds de commerce lors de la fin du contrat

Certains contrats prévoient qu'à l'expiration de celui-ci, le fabricant ou fournisseur peut avoir un droit de préemption sur le fonds de commerce du distributeur.

Dans un souci d'équité, nous avons prévu une interdiction de clauses offrant au fabricant ou fournisseur un droit de préemption sur le fonds de commerce à une valeur qui serait prédéterminée dans le contrat et ne tienne pas compte de la valeur réelle du fonds de commerce lors de l'exercice de ce droit de préemption.

La plupart des contrats permettent librement aux fournisseurs de céder le contrat à un tiers mais l'interdisent strictement au distributeur. Il nous paraît justifié de tempérer ce déséquilibre manifeste.

Nous inspirant du Règlement 2020 en matière de distribution automobile, transposé en droit national au Luxembourg, et de l'article 3 de la loi autrichienne relative à la protection du secteur automobile, nous avons également prévu une autorisation pour le distributeur de céder le contrat en faveur d'un tiers lorsque le cessionnaire présente les garanties requises.

Il pourrait être envisagé de prévoir qu'une clause intuitu personae n'est valable que si elle réciproque mais nous n'avons pas trouvé de trace de telles dispositions dans les législations examinées.

7. Caractère impératif de la réglementation

Afin d'assurer le caractère uniforme de la législation envisagée, nous avons bien entendu prévu expressément que celle-ci revêtirait un caractère impératif.

H. Proposition de loi uniforme

Article 1. Définition et champ d'application

§1. Au sens de la présente loi, un contrat de distribution commerciale est un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, régissant les modalités de commercialisation et de distribution de produits ou services en exécution duquel le distributeur perçoit une rémunération ou est autorisé à revendre les produits ou services contractuels.

§2. Les contrats de distribution incluent notamment le contrat de concession, le contrat d'agence, le contrat de commission et le contrat de franchise. Cette énumération n'est pas limitative.

§3. Le contrat de distribution vise toute forme de relation commerciale présentant un caractère continu et organisé, permettant de distinguer celle-ci de la simple succession d'actes d'achats et de revente, et se traduisant par l'imposition au distributeur d'obligations particulières autres que l'obligation de payer les marchandises ou services livrés, telles que, sans que cette énumération ne soit limitative :

- l'obligation faite au distributeur de procéder à des investissements spécifiques pour la distribution des produits ou services,
- l'obligation faite au distributeur ou aux membres de son personnel de suivre des formations spécifiques,
- l'obligation faite au distributeur de réaliser des volumes minima de ventes ou d'achat,
- l'obligation faite au distributeur de rendre des rapports réguliers,
- l'obligation faite au distributeur de procéder à des dépenses publicitaires,
- l'obligation faite au distributeur de disposer de certains stocks,

- l'obligation faite au distributeur d'assurer un service après-vente ;
- l'obligation de ne distribuer que les produits ou services du fournisseur ou d'obtenir l'accord du fournisseur pour distribuer des produits ou services concurrents.

§4. Le contrat peut être écrit ou verbal. À défaut de contrat écrit, la preuve de l'existence d'un contrat de distribution pourra être rapportée par toute voie de droit.

§5. La présente loi s'applique à tout contrat de distribution qui ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique pour un secteur particulier.

Article 2. Information précontractuelle

Section 1 : Obligation d'information précontractuelle

§1. Lorsque le contrat de distribution contient une clause de non-concurrence à charge du distributeur ou lui impose des investissements significatifs au regard de sa situation financière, les parties devront, préalablement à la conclusion de tout contrat écrit, échanger, au moins 21 jours avant l'entrée en vigueur du contrat, les informations précontractuelles visés à la section 2.

§2. Aucune somme autre qu'une éventuelle réservation de zone ne pourra être exigée par le fournisseur préalablement à l'expiration de ce délai. Lorsque le versement d'une somme est exigé pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Section 2 : Contenu de l'information précontractuelle

§1. Le fournisseur devra communiquer au distributeur :

- 1). Le projet de contrat, y compris les annexes,
- 2). Un résumé des dispositions contractuelles les plus importantes, celles-ci visant au moins :
 - a). la durée du contrat,
 - b). ses conditions de renouvellement,
 - c). le mode de rémunération du distributeur, incluant le cas échéant les différents composants cette rémunération, en ce compris toute rémunération différée, prime, bonus ou autre avantage
 - d). toute clause non-concurrence,
 - e). le caractère intuitu personae ou non du contrat, étant précisé que, à défaut de spécification expresse, le contrat ne sera pas considéré comme conclu intuitu personae,
 - f). la description précise des différentes catégories de sommes qui devront être payées par le distributeur au fournisseur ou à des entreprises qui lui sont liées, ou sont imposées ou recommandées par lui,
 - g). la communication de l'éventuelle rémunération indirecte du fournisseur, incluant notamment une déclaration sur l'absence de marge sur les fournitures livrées par des partenaires contractuels imposés ou recommandés en vue de l'uniformisation du réseau,
 - h). les obligations en matière de chiffre d'affaires minimum et d'achat minimum et les conséquences de la non-réalisation de celles-ci,
 - i). une indication des marques des produits ou services du fournisseur, avec les détails de leur enregistrement ou de leur dépôt, ou de la licence accordée au distributeur et la nature des droits d'utilisation de cette marque conférés au distributeur,

- j). les limitations éventuelles de l'accès aux droits d'utilisation des données clients pendant et après le contrat
 - k). les limitations relatives aux ventes en ligne et à la promotion en ligne ;
 - l). le droit de préemption ou l'option d'achat en faveur du fournisseur et les règles de détermination de la valeur du commerce lors de l'exercice de ce droit ou de cette option ;
 - m). les clauses relatives à la relation et la dépendance éventuelle entre le contrat de distribution et tout autre contrat,
 - n). les motifs de résolution expresse du contrat ainsi que ses conséquences financières, en particulier en ce qui concerne les charges et les investissements ;
 - o). la clause attributive de juridiction, le choix de la loi et la langue de procédure.
- 3). L'identification précise du fournisseur et une description du réseau de distribution mis en place par le fournisseur, comprenant lorsque tel est le cas, les caractéristiques du savoir-faire et l'assistance commerciale ou technique permanente que le fournisseur apportera à ses distributeurs.
- 4). Une description de l'ancienneté du fournisseur et de son expérience à la tête d'un réseau de distribution, qui comprendra, entre autres données, la date de création de l'entreprise, les principales étapes de son évolution et le développement du réseau en détaillant, pays par pays,
- a). le nombre de distributeurs ainsi que le nombre d'éventuels points de vente propres du fournisseur,
 - b). le nombre de contrats de distribution qui ont pris fin, année par année, au cours des 5 années précédentes, en précisant le motif de la fin du contrat,
 - c). le nombre de nouveaux contrats de distribution conclus au cours des 5 dernières années,
 - d). le nombre de contrats venant éventuellement à terme ou dont la résiliation est envisagée au cours des 12 mois à venir,
 - e). le nombre de nouveaux contrats dont la conclusion est envisagée au cours des 12 mois à venir.

Cette description devra viser tous les types de contrat de distribution utilisés par le fournisseur et pas uniquement ceux qui seraient identiques à celui proposé au distributeur.

- 5). Une estimation des investissements et dépenses nécessaires au démarrage de l'activité du distributeur et au cours de la durée du contrat s'il s'agit d'un contrat à durée déterminée ou au cours des 5 premières années s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée.
- 6). Une liste des prix d'achat des produits ou services du fournisseur ou l'indication des commissions, primes, marges ou bonus revenant au distributeur pour la vente des produits ou services valable au moins pendant une durée d'un an.
- 7). Une description des différents types de rémunération directe ou indirecte que le distributeur devra payer au fournisseur ou à des tiers en exécution du contrat, tels qu'achat des produits ou services, redevances, achat d'équipements ou participation à des frais de promotion, ainsi que la révélation de l'existence d'éventuelles rémunérations indirectes du fournisseur de la part de tiers avec lesquels le distributeur serait obligé de contacter en exécution du contrat,
- 8). Dans le cas où le fournisseur fournit au distributeur des prévisions de chiffres de ventes ou de résultats d'exploitation de l'entreprise, celles-ci doivent être basées sur des expériences ou des études suffisamment étayées.
- 9). Une copie de son bilan pour les trois dernières années ou à partir de la date de début d'activité si celle-ci est inférieure à trois ans,

- 10). Les résultats d'une ou de plusieurs entreprises que le fournisseur juge comparables à celles du distributeur en précisant les raisons pour lesquelles il les considère comme comparables. Cette obligation ne sera pas applicable en l'absence de référence pertinentes disponibles.
- 11). L'état et les perspectives de développement du marché concerné, en ce compris, les informations sur la concurrence, et les parts de marché du fournisseur et de ses principaux concurrents,
- 12). Une description sommaire de toute procédure judiciaire ou d'arbitrage opposant le fournisseur à l'un de ses distributeurs, ou des tiers ou des autorités publique ainsi que de tout jugement, décision arbitrale ou transaction intervenu entre au cours des 5 dernières années,
- 13). La description du mode de concertation éventuelle organisée entre le fournisseur et les membres du réseau,
- 14). Toute autre information dont il sait ou peut raisonnablement penser qu'elle est pertinente pour la conclusion du contrat.

§2. De son côté, le distributeur devra communiquer au fournisseur :

- 1). Une description de ses activités et de son organisation,
- 2). Une copie de son bilan pour les trois dernières années ou à partir de la date de début d'activité si celle-ci est inférieure à trois ans,
- 3). Toute autre information dont il sait ou peut raisonnablement penser qu'elle est pertinente pour la conclusion du contrat.

§3. Toutes les informations échangées entre le fournisseur et le distributeur devront être sincères, complètes et exactes. Si l'une des parties n'est pas en mesure de fournir des informations précises, elle devra le justifier dans le document d'information précontractuelle.

§4. Le distributeur sera également tenu de s'assurer de la viabilité apparente du projet sur base des informations qui lui seront communiquées par le fournisseur. Celui-ci, quant à lui, s'abstiendra de proposer la conclusion du contrat s'il apparaît, après l'échange des informations visées ci-dessus, que ce contrat présenterait des risques financiers trop importants pour le distributeur.

§6. En cas de renouvellement du contrat, seuls les éléments ayant fait l'objet d'une modification depuis la conclusion du contrat originaire devront faire l'objet d'une nouvelle information précontractuelle.

Section 3 : Sanction

§1. En cas de non-respect de l'article 3 section 2, le distributeur peut invoquer la nullité du contrat de distribution dans les deux ans de la conclusion de l'accord. Dans ce cas, il aura droit à l'indemnisation du préjudice résultant pour lui de cette nullité.

§2. Si le document d'information précontractuelle communiquée par le fournisseur ne contient pas les indications visées à l'article 3, section 1, alinéas 1 et 2, le distributeur peut invoquer la nullité des dispositions en question du contrat.

§3. Si les informations contenues dans le document d'information précontractuelle sont incomplètes ou inexactes, le distributeur pourra invoquer le droit commun en matière de vice de consentement ou de faute quasi-délictuelle, et ce, sans préjudice de l'application des dispositions du précédent alinéa. De même, si les informations communiquées par le distributeur au fournisseur sont incomplètes ou inexactes, celui-ci pourra également invoquer le droit commun en matière de vice de consentement ou de faute quasi délictuelle.

Article 3. Dispositions relatives a l'exécution du contrat.

Section 1 Obligation générale d'agir de bonne foi

Tant au cours du contrat que lors de sa résiliation, les parties devront agir de bonne foi l'une à l'égard de l'autre en tenant compte également des intérêts légitimes de l'autre partie.

Section 2 Rémunération

§ 1. La rémunération du distributeur peut consister en :

- a. Une rémunération fixe,
- b. Une marge sur les ventes qu'il conclut lorsqu'il agit pour son propre compte.
- c. Une rémunération variable en fonction de critères objectifs, tels que le nombre ou la valeur des affaires conclues à son intervention ou la réponse à des critères de distribution sélective,

§ 2. Ces rémunérations peuvent être combinées en fonction du type d'affaires confiées au distributeur.

§ 3. Pendant le contrat, la rémunération du distributeur visée au § 1.a ou au § 1.b lui est acquise au moment de la conclusion de l'affaire conduite à son intervention, sans préjudice des paiements différés visés à la section 3.

§ 4. Le distributeur est également fondé à percevoir pendant une durée de 6 mois à compter de la fin du contrat :

- a. la rémunération des affaires conclues postérieurement à la cessation du contrat lorsqu'elles ont été réalisées grâce à son intervention.
- b. sauf convention contraire des parties, les rémunérations récurrentes relatives à des affaires conclues à l'intervention du distributeur en cours d'exécution du contrat.

Section 3 Liquidation des sommes dues en cours de contrat

§ 1. Lorsque le contrat prévoit d'éventuelles rémunérations étalées au profit du distributeur ou dépendant de la réalisation de certaines conditions, le fournisseur devra établir un décompte des sommes revenant au distributeur au plus tard dans les 15 jours suivant l'expiration du trimestre au cours duquel l'opération ouvrant le droit au paiement de cette somme a été exécutée et les sommes dues au distributeur devront alors lui être payées au plus tard dans le 30^{ème} jour suivant l'expiration du trimestre concerné.

§ 2. Le distributeur est de plein droit et nonobstant toute disposition contraire, autorisé à opérer une compensation entre les sommes qu'il doit au fournisseur et les sommes que celui-ci lui doit en exécution du § 1.

Section 4 Modifications du contrat

§ 1. Le contrat de distribution pourra, notamment dans le cadre d'un contrat de distribution sélective qualitative ou de franchise, prévoir la faculté pour le fournisseur de modifier en cours de contrat certains aspects de sa politique de distribution ou de rémunération globale revenant au distributeur à l'occasion de la vente des produits ou services faisant l'objet du contrat.

§ 2. Si ces modifications supposent de nouveaux investissements de la part du distributeur, ces modifications ne pourront intervenir que moyennant l'accord d'une éventuelle association représentative des membres du réseau ou l'accord d'une majorité des deux tiers des membres du réseau de distribution, sans tenir compte de toute société liée à la société du fournisseur.

§3. À défaut d'accord, le fournisseur ne pourra imposer ces modifications qu'à charge pour lui de démontrer de façon justifiée que celles-ci n'affecteront pas la viabilité de l'activité du distributeur en lui permettant de conserver une rentabilité suffisante pour faire face aux investissements et aux obligations mises à sa charge par le fournisseur tout en lui permettant de dégager une marge bénéficiaire raisonnable compte tenu de la situation du marché et sera tenu d'indemniser le distributeur s'il devait s'avérer que ces modifications affectent néanmoins la viabilité de l'activité des distributeurs sans affecter au minimum dans les mêmes proportions les activités du fournisseur.

Section 5 Substitution de contrats.

- Un fournisseur ne pourra tenter de se soustraire à ces obligations en procédant à une résiliation globale des contrats de son réseau de distribution pour y substituer de nouveaux contrats reprenant des dispositions similaires à celles qui ont été rejetées en application du §2 ou ne présentant pas les garanties de viabilité exigées au §3 sans devoir respecter les obligations qui lui incombent en raison de la résiliation des contrats existants. Il ne pourra donc subordonner la conclusion de nouveaux contrats à l'abandon de toute réclamation du distributeur aux droits résultants de l'article 4.

Section 6 Interdiction de clauses abusives

§1. Est abusive toute clause qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties

§2. Sont abusives, les clauses qui ont pour objet de :

- 1). prévoir un engagement irrévocable de l'autre partie, alors que l'exécution des prestations de l'entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté;
- 2). conférer à l'entreprise le droit unilatéral d'interpréter une quelconque clause du contrat;
- 3). en cas de conflit, faire renoncer l'autre partie à tout moyen de recours contre l'entreprise;
- 4). constater de manière irréfragable la connaissance ou l'adhésion de l'autre partie à des clauses dont elle n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat
- 5). soumettre tout litige éventuel exclusivement à une instance déterminée lorsque le coût de la procédure arbitrale, tenant compte du nombre d'arbitre et du lieu de l'arbitrage, risque de priver le distributeur de la possibilité de recourir à l'arbitrage compte tenu de sa situation au moment de la résiliation du contrat,

§3. Sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de :

- 1). autoriser l'entreprise à modifier unilatéralement sans raison valable le prix, les caractéristiques ou les conditions du contrat;
- 2). proroger ou renouveler tacitement un contrat à durée déterminée sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation;
- 3). placer, sans contrepartie, le risque économique sur une partie alors que celui-ci incombe normalement à l'autre entreprise ou à une autre partie au contrat;
- 4). exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de ses obligations contractuelles;
- 5). libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute grave ou de celle de ses préposés ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution des engagements essentiels qui font l'objet du contrat;
- 6). limiter les moyens de preuve que l'autre partie peut utiliser;
- 7). fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'autre partie qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise.

Section 7. Protection contre l'abus de dépendance économique

§1. Lorsque la relation entre le fournisseur et le distributeur crée un état de dépendance économique de ce dernier à l'égard du premier, le distributeur ne peut abuser de cet état de dépendance.

§2. La dépendance économique est une situation dans laquelle le fournisseur est en mesure de créer un déséquilibre excessif de droits et d'obligations dans ses relations commerciales avec le distributeur. La dépendance économique s'apprécie également en tenant compte de la possibilité réelle pour le distributeur de trouver des alternatives raisonnablement équivalentes et disponibles dans un délai, à des conditions et à des coûts raisonnables.

§3. L'abus de dépendance économique s'apprécie au regard de l'équilibre global de la relation, soit lors de la conclusion du contrat, soit en cours d'exécution. Il y a notamment abus initial lorsque le fournisseur se sert de la situation de dépendance économique du distributeur candidat distributeur pour lui imposer des conditions contractuelles non équitables. Il y a notamment abus au cours de contrat lorsque, par le biais de changements qu'il apporte sa politique commerciale ou à ces critères de distribution, le fournisseur met en péril la viabilité de l'activité du distributeur, la notion de viabilité s'entendant comme prévu à la section 2 du présent article.

Section 8 Droit d'agir

Toute association de distributeurs aura le droit d'agir en justice le respect des dispositions du présent article ou obtenir une réparation au nom et pour le compte de l'ensemble des membres du réseau de distribution.

Section 9 Comptabilité analytique

Si le distributeur distribue d'autres produits ou services que ceux du fournisseur, il sera tenu d'établir une comptabilité analytique permettant d'identifier les résultats liés à l'activité exercée pour compte du fournisseur.

Article 4. Fin du contrat

Section 1 : Contrat à durée déterminée

Tout contrat à durée indéterminée prend fin en principe à l'échéance du terme convenu. Toutefois, le contrat à durée déterminée sera supposé être reconduit pour une durée indéterminée ou pour une éventuelle nouvelle durée déterminée précisée dans le contrat si aucune des deux parties ne notifie à l'autre sa volonté de voir le contrat prendre fin à l'échéance initialement prévue au moins six mois avant cette date d'échéance.

Section 2 : Contrat à durée indéterminée

§1. Tout contrat à durée indéterminée pourra être résilié que moyennant un préavis raisonnable et équitable dont la durée devra être de minimum trois mois majoré d'un mois par année d'ancienneté jusqu'à obtenir un minimum de six mois après six années d'ancienneté.

§2. La durée de préavis ne pourra être définie par le contrat et devra être convenue entre les parties une fois la résiliation intervenue. A défaut d'accord entre les parties, cette durée sera déterminée par le tribunal ou le ou les arbitres saisis du litige qui statueront en équité et en tenant compte des usages.

§3. Au-delà de ce minimum, la durée effective sera déterminée en tenant compte de l'ensemble des éléments de fait dont l'importance des investissements consentis par chaque partie et qui ne seraient pas encore amortis, des frais de licenciement de membres de son personnel

auxquels la partie victime de la réalisation devrait procéder suite à la résiliation du contrat, de l'importance de ce contrat dans la formation de son chiffre d'affaires global, des risques encourus par le distributeur au cours de l'exécution du contrat, de ses possibilités de reconversion, de la situation économique des deux parties et des raisons qui ont amené une partie à mettre fin au contrat.

Section 3. Indemnité de clientèle

§1. En cas de résiliation du contrat à l'initiative du fournisseur, ou à l'initiative du distributeur pour faute grave du fournisseur, le distributeur aura droit à une indemnité de clientèle si les conditions suivantes sont réunies :

- Le distributeur doit avoir apporté de nouveaux clients au commettant ou avoir développé sensiblement les affaires avec la clientèle existante,
- Cette clientèle est susceptible d'encore procurer des avantages substantiels au fournisseur. Si le contrat prévoit une clause de non-concurrence, la clientèle sera réputée, sauf preuve contraire, encore procurer des avantages substantiels au fournisseur.

§2. Cette indemnité pourra également être due en cas de résiliation à l'initiative du distributeur si celui-ci est une personne physique qui met fin à ses activités en raison de son âge, d'une infirmité ou d'une maladie ou si cette résiliation est la conséquence de décision de la société distributrice de mettre fin à toutes ses activités.

- **§3.** Cette indemnité ne sera pas due si, à l'expiration du contrat, le distributeur a l'occasion de valoriser sa clientèle en cédant celle-ci à une valeur normale de marché à un autre distributeur désigné ou non par le fournisseur.

-

- **§4.** À défaut d'accord entre parties, le montant de cette indemnité sera déterminé par le tribunal ou le ou les arbitres saisis du litige qui statueront en équité, en tenant compte des usages et de tous les éléments de la situation. Les réclamations du distributeur ne seront productives d'intérêts que si le fournisseur peut vérifier la manière dont elles ont été établies sur la base des pièces justificatives, annexée à la réclamation, issues de la comptabilité analytique visée à l'article 3 section 5.

Section 4. Résiliation anticipée en raison d'une faute grave ou de la survenance de circonstances exceptionnelles

§1. Chaque partie aura le droit de mettre fin au contrat sans préavis ni indemnité en cas de faute grave de l'autre partie ou en cas de circonstances exceptionnelles rendant la poursuite de la collaboration impossible. Peut seule être considérée comme une faute grave le manquement d'une des parties à l'une des obligations essentielles du contrat et dont le manquement rompt définitivement la confiance entre parties au point de rendre la poursuite du contrat impossible.

§2. Toute résiliation pour faute grave devra être précédée d'une ultime mise en demeure accordant à la partie fautive un délai raisonnable pour lui permettre de mettre fin aux manquements qui lui est reproché. Cette mise en demeure devra donc contenir l'énonciation expresse du manquement reproché et les mesures attendues par la partie qui s'en plaint pour y remédier.

§3. Les parties pourront conventionnellement définir certains manquements au contrat comme constitutifs de faute grave. Ces définitions devront cependant être établies de bonne foi et ne pourront avoir pour effet de faire considérer comme faute grave un manquement qui ne serait pas un manquement à une obligation essentielle du contrat et ne rendrait pas la poursuite du contrat impossible en raison de la disparition de la confiance entre parties. De telles clauses seraient considérées comme abusive et nulles. Elles ne pourront par ailleurs avoir pour effet d'empêcher le juge de vérifier la gravité du manquement allégué.

§4. Les parties pourront également définir certains événements futurs et incertains, dont la survenance pourrait également justifier la résiliation du contrat sans préavis ni indemnité. Ces événements futurs et incertains ne pourront en aucun cas dépendre, fût-ce partiellement, de l'une des parties.

Section 5. Clause de non-concurrence post-contractuelle

§1. Une clause de non-concurrence post-contractuelle ne pourra être imposée au distributeur que si celle-ci est justifiée par un intérêt légitime et est en outre limitée :

- à une durée d'1 an suivant l'expiration du contrat,
- au territoire, à la clientèle et aux types de produits ou de services faisant l'objet du contrat.

§2. La clause de non-concurrence ne pourra produire ses effets que si la résiliation est le fait du distributeur pour un autre motif qu'une faute grave du fournisseur ou intervient à l'initiative du fournisseur en raison d'une faute grave du distributeur.

§3. La clause de non-concurrence ne sera valable que si elle prévoit le paiement par le fournisseur, outre l'indemnité de clientèle visée à l'article 4 section 3, d'une indemnité égale au montant le plus élevé entre le bénéfice brut réalisé par le distributeur au cours de l'année précédant la résiliation et le bénéfice brut moyen des 3 dernières années précédant la résiliation.

Section 6. Reprise du stock

§1. Lorsque le contrat est résilié par le fournisseur en dehors de l'hypothèse d'une faute grave du distributeur, le fournisseur sera tenu de reprendre le stock de produits encore en possession du distributeur. Cette obligation ne s'appliquera qu'aux articles de stock en parfait état de conservation et, le cas échéant, d'emballage, et toujours officiellement mis en vente par le fournisseur.

§2. La reprise s'effectuera au prix le plus bas entre le prix d'achat payés par le distributeur et la valeur de marché actuelle du produit, diminué d'une décote de maximum 5% pour frais d'inventaire et de reprise.

Section 7. Options d'achat du fonds de commerce lors de la fin du contrat

Toute clause accordant au fournisseur une option d'achat ou un droit de préemption en cas de cession par le distributeur de ses activités ou exerçable par le fournisseur à l'expiration du contrat ne sera valable que si le prix de cession est au minimum égal à la valeur de marché.

Section 8. Clauses intuitu personae

Une clause prévoyant que le contrat est conclu intuitu personae dans le chef du distributeur ne pourra avoir pour effet :

- d'interdire au distributeur de céder ses activités ou son contrat à un autre membre du réseau de distribution,
- de permettre au fournisseur de refuser son agrément à une cession à un tiers présentant des garanties de compétence et de solvabilité suffisantes, sauf pour le fournisseur à démontrer l'existence de justes motifs.

Article 5. Caractère impératif de la réglementation

La présente loi a un caractère impératif et il ne peut en aucun cas y être dérogé au détriment du distributeur

Patrick Kileste et Michel Caluwaerts